

SAN JUAN.

J. M. J.

# ADDICION
## AL MEMORIAL JURIDICO
FORMADO POR PARTE DE
D.ª JUANA MANUELA MINGOT
Y ROCAFULL, CONDESA VIUDA DE PEñalva, como Madre, y Curadora de Don Carlos Juan de Torres, su hijo, actual Conde de Peñalva, y de Don Luis Juan de Torres, hermano de dicho Conde.

EN EL PLEYTO

CON EL MARQUES DE BELGIDA.

*SOBRE*

LA SUCCESSION DE LA BARONIA DE ALCACER, y demàs bienes recayentes en el Mayorazgo fundado por Don Miguel Zanoguera (arb.n.8.)

# COPIA A LA LETRA DE LOS CApitulos Matrimoniales estipulados entre Don Vicente Belvis, Señor de Belgida, y Doña Juana Marrades, padres de Doña Margarita Belvis, de una; y Don Pablo Zanoguera (arb. n.6.) padre Don Miguel, fundador, de otra: colocando à este en Matrimonio con dicha Doña Margarita.

## CAPITULO I.

1 *PRIMERAMENTE, està pactado, y concordado entre dichas partes, que el dicho Don Pablo Zanoguera, en contemplacion del matrimonio que ha de contraer el dicho Don Miguel Zanoguera con la dicha Doña Margarita Belvis, sea tenido, y obligado, segun que por el presente capitulo se obliga, de hazer eleccion, y nominacion de la Persona del dicho Don Miguel Zanoguera en successor de la Baronia de Alcazer, para despues de los largos dias de vida del dicho Don Pablo Zanoguera, usando de qualesquier facultades que el dicho Don Pablo Zanoguera tiene de elegir, y nombrar, assi en virtud de qualesquier testamentos, codicilos, ò otros contratos entre vivos; y à mayor, y superabundante cautela, aya de hazer, y haga, segun que por el presente capitulo PROMETE HAZER DONACION, pura, perfeta, simple, è irrevocable, dicha entre vivos, surtidora efeto despues de la vida de dicho Don Pablo, y de Don Christoval Zanoguera, hermano de dicho Don Pablo, Cavallero del Orden de San Juan, Baylio de Caspe, y Comendador de Calatayud, al dicho Don Miguel Zanoguera su hijo, no solo de la dicha Baronia de Alcazer, con todos sus frutos, rentas, y emolumentos, terminos, territorios, con toda la Jurisdiccion Civil, y Criminal, mero, y mixto imperio, y exercicio de ella; sino tambien de las casas grandes, sitas en esta Ciudad, Parroquia de San Martin, en la plaza de Peñarrojas, con todos los aderezos, ornato de oro, plata, seda, y ta-*

*tapicerias: y finalmente aya de hazer, y haga donacion universal, que ha de tener efeto despues de los dias de dicho Don Pablo, al dicho Don Miguel Zanoguera su hijo, de todos los bienes muebles, è immuebles, avidos, y por aver, con las reservaciones, empero, pactos, y condiciones abajo escritas, y no de otra manera, la qual donacion se aya de hazer, y firmar ante Fernando Simò, Notario, con todas las clausulas en semejantes escrituras acostumbradas poner, para la utilidad, y provecho de dicho Don Miguel Zanoguera.*

## CAPITULO II.

2 *Item, està entre dichas partes pactado, avenido, y concordado: que por la dicha eleccion, y nominacion, y en su caso donacion hecha por el dicho Don Pablo Zanoguera de la persona del dicho Don Miguel Zanoguera en successor de dicha Baronia, no sea causado perjuicio alguno à dicho Don Miguel Zanoguera en los derechos que aquel ex propria persona tiene, y en lo venidero pueda tener, assi en la dicha Baronia, como en qualesquiera otros bienes, en virtud del testamento, y codicilos de Don Miguel Zanoguera, y de Doña Magdalena Pujades, y de los capitulos matrimoniales del dicho Don Pablo Zanoguera, y de Doña Angela Belvis su muger; y que para en caso, que dicha Baronia, y qualesquiera otros bienes perteneceràn al dicho Don Miguel ex propria persona, no quede obligado de eviccion alguna, como solo el dicho Don Pablo le dà, y entiende dar el derecho, que le compete, y puede competer en dicha Baronia.*

## CAPITULO III.

3 *Item, està entre dichas partes avenido, y concordado: que el dicho Don Pablo Zanoguera, se reserva facultad de poder testar, y disponer à toda su voluntad, assi entre vivos, como en ultima voluntad, de los dichos bienes donados, hasta en suma de* 12000. *lib. à su voluntad; y en caso que no disponga expressamente de ellas, queden en el cuerpo de su herencia.*

## CAPITULO IV.

4 *Item, està entre dichas partes pactado, avenido, y concordado: que en caso, que el dicho Don Pablo Zanoguera, conforme los testamentos, y codicilos de sus antecessores, tenga facultad de poner pactos, vinculos, y condiciones, à la persona, ò personas, que nombrasse entre vivos, como en ultima voluntad, de la dicha Baronia, en tal caso, se reserva dicha facultad de poder poner al dicho Don Miguel,*

y ſucceſſores de aquel, en el modo, y forma, que abaxo ſe dirà, los pactos, vinculos, y condiciones, que le parecerà, y bien viſto le ſerà, aſsi entre vivos, como en ultima voluntad; y eſta meſma facultad ſe reſerva en dicha forma, EN CASO QUE el dicho Don Miguel por ſu propia perſona no tenga derecho alguno en dicha Baronia, y el dicho Don Pablo no tenga facultad de poder poner dichos pactos en virtud de dichos teſtamentos, codicilos, ò otras diſpoſiciones de ſus anteceſſores; como, EN CASO QUE EL DICHO DON MIGUEL POR SU PROPIA PERSONA SEA LLAMADO, y el dicho Don Pablo no pueda poner dichos pactos, vinculos, y condiciones, no entiende reſervarſe dicha facultad.

## CAPITULO V.

5 Item, eſtà entre dichas partes pactado, y concordado: que las dichas caſas de la plaza de Peñarrojas, ayan de eſtar, y eſten ſujetas, à los miſmos pactos, vinculos, y condiciones, que al dicho Don Pablo Zanoguera parecerà, en la forma ſobredicha.

## CAPITULO VI.

6 Item, eſtà entre dichas partes pactado, avenido, y concordado: que para tuicion, y ſeguridad de la dote, y aumento de la dicha Doña Margarita, para en caſo de ſu reſtitucion, ſea tenido, y obligado el dicho Don Pablo Zanoguera, ſegun que por el preſente capitulo ſe obliga, de dar à la dicha Doña Margarita Belvis, y por eſta, al dicho Don Vicente Belvis ſu padre, como à ſu legitimo Adminiſtrador, la verdadera, real, y actual poſſeſsion de la dicha Baronia de Alcacer, haziendo que deſde aora los vaſſallos de ella, preſten los homenages à la dicha Doña Margarita, y por ella al dicho Don Vicente ſu padre, &c. para que, ſiguiendoſe el caſo de la reſtitucion de dicha dote, y aumento, la dicha Doña Margarita retenga la dicha poſſeſsion, y en ſu caſo, y lugar haga los frutos ſuyos, haſta que ſea enteramente pagada de dicha dote, y aumento: eſto ſe entiende, y declara, que viviendo el dicho Don Chriſtoval Zanoguera, la dicha Doña Margarita, no pueda hazer los frutos ſuyos, ni pretender tenuta, aſsi en dicha Baronia, como en dichas caſas de la plaza de Peñarrojas, como durante la vida de dicho Don Chriſtoval, èſte aya de poſſeer, y gozar dicha Baronia, y caſas, ſalvos empero à la dicha Doña Margarita todos ſus derechos, contra los otros bienes del dicho Don Miguel, durante la vida del dicho Don Chriſtoval, y deſpues de muerto

*èste, para proseguir dicha tenūta en dicha Baronia, y hazer los frutos suyos, como de suso es dicho.*

## CAPITULO VII.

7 *En el 7.cap. se pactò, y concordò: que el dicho Don Pablo Zanoguera, durante su vida, se obligava, y obligò à tener en su casa, y compañia, à los dichos Don Miguel Zanoguera su hijo, y à Doña Margarita Belvis, y à su familia de hijos, si los tuviessen, y criados, alimentandolos, y dandoles todo lo necessario; y en su defeto, no queriendo estar en su casa, y compañia, darles mil, y ducientas libras de renta annua.*

## CAPITULO VIII.

8 *Item, està pactado, avenido, y concordado entre dichas partes: que el dicho Don Miguel Zanoguera, teniendo hijos varones del presente matrimonio, y de otro matrimonio, sea tenido, y obligado de disponer en los hijos varones del presente matrimonio de dichos bienes donados, y lo mismo se entienda, en caso, qne no tuviesse hijos varones, y tenga hijas del presente matrimonio, y de otro qualquiera matrimonio, porque los hijos del presente matrimonio, en todos tiempos, han, y deven ser preferidos, esto es: los varones, à varones de otro matrimonio, y las hembras, à hembras de otro qualquier matrimonio.*

## CAPITULO IX.

9 *Item està pactado, avenido, y concordado entre dichas partes: que si del presente matrimonio no tuviessen hijos varones, si solo hembras, una, ò muchas, y el dicho Don Miguel Zanoguera tuviesse hijos varones de otro matrimonio, en tal caso, el dicho Don Miguel sea tenido, y obligado de testar, y disponer en las hijas del presente matrimonio, en una, ò en muchas, hasta en suma do 14000. lib. repartiendolas en el modo, y forma que le pareciere, en caso que sucedan los hijos varones del segundo matrimonio en dicha Baronia de Alcazer, y casa de la plaza de Peñarrojas.*

## CAPITULO X.

10 *Item, està entre dichas partes pactado, avenido, y concordado: que el dicho Don Miguel Zanoguera pueda testar, y disponer de los dichos bienes donados (exceptuando empero la dicha Baronia de Alcazer, y casa de la plaza de Peñarrojas, en la qual ha de suceder el hijo que serà elegido) en los hijos, y hijas, assi del presente matrimonio, como del segundo, exceptuando empero aquel hijo, ò hija, que*

*ſucederà en virtud de los preſentes capitulos en dicha Baronia de Alcazer, y caſa de la plaza de Peñarrojas, en cantidad de* 14000. *lib. las quales ſe ayan de pagar de los otros bienes de la dicha Donacion, repartiendolas por las partes, y porciones que al dicho Don Miguel parecerà.*

## CAPITULO XI.

11 *Item, eſtà entre dichas partes avenido, y concordado: que el dicho Don Pablo Zanoguera, uſando de las facultades que arriba ſe ha reſervado, no pueda poner pactos, vinculos, ni condiciones algunas, en favor de perſonas eſtrañas, ſino tan ſolamente en favor del dicho Don Miguel, y de ſus hijos, como no ſean contrarios à lo que arriba eſtà pactado.*

## CAPITULO XII.

12 *Item, eſtà entre dichas partes avenido, y concordado: que los dichos Don Vicente Belvis, y Doña Juana Marrades, ſimul, & in ſolidum, conſtituyeſſen, como conſtituyan al dicho Don Miguel Zanoguera, y por la menor edad de eſte, al dicho Don Pablo Zanoguera, como à ſu padre, y legitimo Adminiſtrador, por dote de la dicha Doña Margarita Belvis para eſte matrimonio, ſegun Fueros de Valencia, onze mil libras, en los bienes que ſe expreſſaràn en eſte capitulo.*

13 Se han pueſto eſtos à la letra, aſsi por no eſtarlo en eſta formalidad en el Memorial, como por ſer en los que el Contendor pone el mayor conato de ſu defenſa, y en los que pudiera batir la duda (ſi la huviera) de eſte pleyto; para que premeditadas ſus clauſulas, tenga en ellas el deſengaño de ſu ningun derecho, y la evidencia del indubitado que aſiſte à Don Carlos, y Don Luis Juan de Torres.

14 Y aunque en el Memorial que formamos parece ſe hazìa plena demonſtracion de uno, y otro; ſinembargo, con motivo de la diſcordia, nos ha parecido aclarar mas eſte derecho, aſsi para hazer plena evidencia de èl, inſiguiendo el conſejo de la Gloſſa *in cap. Joannes* 11. *verb. poſtquam, de Fide inſt.* y trae Rolando à Vall. *conſ.*43*.n.*6*.& conſ.*100*.n.*2*.vol.*2*. Veritas ſæpius examinata, magis ſplendeſcit in lucem; Cap.gravi* 35*. q.*9*.cap.inter dilect.de fide inſtrument. Et veritas diſputando invenitur, l.*18*. §.mixta, ff.de muneribus, & honor.* Mieres *de majorat.*

in

*in princip.primæ partis, n.9.* como porque, ſegun manifieſta la diſcordia, parece peligra en la zozobra de la duda, la evidente Juſticia de mis Partes.

15 Y ſiendo el punto centrico de la dificultad los capitulos 1.y 8. de dichos matrimoniales que van à la letra, pues en los otros,que en el pleyto ſe controvirtieron, es por demàs immorar; ſerà el blanço de eſta Addicion probar: Que en dichos capitulos no ay, ni de ellos reſulta vinculo, gravamen, ni clauſula, que embarazaſſe à Don Miguel (arb. n.8.) la fundacion del mayorazgo que hizo, ni ſu perſiſtencia.

16 Y para lograr la claridad, quando no el acierto, pues eſte es perſonaliſsimo de la Mageſtad Suprema, y no ſiempre le deſcubren los humanos juicios, por mas que el deſeo lo ſolicite, ut legitur lib.1. Reg. cap.2. *Deus dicitur ſcientiarum Dominus, & cui præparantur omnes cogitationes*; dividiremos eſte diſcurſo en quatro parrafos, procurando en ellos la brevedad poſsible, ſegun Juſtiniano *in l.ampliorem 39.§.ſi refutatores, C. de appellal.* teniendo preſente la ſentencia de Oracio: *Obſcurus fio, dum brevis eſſe laboro*, que advierte Molina *de Hiſp. prim. lib.2.cap.17.in princ.* En el primero probaremos: que en el cap.1. de los matrimoniales no huvo donacion perfeta de la Baronia que ſe litiga, sì ſolo una mera promeſſa de dar, que ni tuvo efeto, ni equivale à la donacion perfeta.

17 En el ſegundo: que aunque huviera ſido donacion, y no promeſſa, era nula, y de ningun valor.

18 En el tercero ſe evidenciarà: que aunque dicha ſupueſta donacion, y ſus pactos, no huvieran ſido nulos, fueron eſtos condicionales; y que no ſe purificaron las condiciones con que eſtavan concebidos.

19 Y en el quarto, y ultimo haremos demonſtracion evidente: que aunque dicha donacion fuera perfeta, y ſus pactos puros, y no condicionales, no reſultava de ellos vinculo, gravamen, ni impedimento à Don Miguel, para la fundacion del Mayorazgo que hizo.



QUE

## §. I.

## *QUE EN EL CAPITULO PRIMERO de los Matrimoniales de Don Miguel (arb. n.8.) con Doña Margarita Belvis, no huvo donacion de la Baronia de Alcazer, si solo una promessa de dar, que no tuvo efeto, ni equivale à la donacion perfeta.*

20 NOs podrà escusar este examen el mismo capitulo, pues de èl plenamente resulta, no aver intervenido expressa donacion de dicha Baronia, ni demàs bienes que contiene, sì solo una mera, y simple promessa de dar, y elegir en Señor de aquella à Don Miguel (arb.n.8.) ibi: *Se obliga* (habla Don Pablo) *de hazer eleccion, y nominacion de la Persona de dicho Don Miguel Zanoguera en Señor de la Baronia de Alcazer, para despues de los dias, &c.* y mas abaxo prosigue: *Y à mayor, y superabundante cautela, haya de hazer, y haga, segun q̃ por el presente Capitulo PROMETE HAZER DONACION pura, perfeta, &c.* y concluye el capitulo, ibi: *La qual donacion se aya de hazer, y firmar ante Fernando Simò, Notario, con todas las clausulas en semejantes escrituras acostumbradas poner, para la utilidad, y provecho de dicho Don Miguel Zanoguera.*

21 Detenernos à esforzar, à vista de estas clausulas, que en ellas no ay donacion perfeta por Don Pablo, à favor de Don Miguel, es ofender la verdad, y faltar à lo que nos previene el Jurisconsulto Paulo en la ley 25. §. *cum in verbis, ff. de legat.* 3. *Cùm in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio*; y el Jurisconsulto Venuleyo *in l.* 137. §. *cum ita, in fin. ff. de verb. obligat.* y traen Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 11. *n.*2. *in fin.* Castillo *lib.* 2. *cap.*4. *n.*69. *&* 71. Rosa *consult.*69.*n.*4 Torre *de majorat. tom. cap.* 25. §.7. *n.* 79. *& cap.*39. §.3. *n.* 33. y el Cardenal de Luca *de fideicom. discursu* 138. *n.*4. *vers. pro dicto, &c.* pues no ha menester aquella, para su apoyo, otra prueva, que la inspeccion material de las

mismas clausulas, y formalidad con que en ellas se explicaron los contrayentes: y assi por esto, como por comprender, no poderse apartar de este verdadero hecho el Contendor, no immoramos en persuadir su evidencia.

22 De lo qual legitimamente se infiere la nulidad de los gravamenes, con que se supone concebida dicha donacion; pues no existiendo, mal pueden esforzarse los gravamenes de ella, *quia non entis nullæ sunt qualitates, l. non omnes* 19. *& l. ejus qui in Provincia* 41. *ff. de reb. cred. l.* 83. *de reg. juris, cum vulg.* Barbosa *axiomate* 5. *n.* 1. *& axiomate* 162. *n.* 1. Menoch. *cons.* 389. *n.* 5. Carlevalio *de judic. lib.* 1. *tit.* 3. *disput.* 4. *n.* 5. *circa fin. & disp.* 16. *n.* 15.

23 Pero desde luego ofrecerà el Contendor la satisfacion à este reparo, diciendo: Que en el capitulo primero ofreciò, y se obligò Don Pablo (arb. n. 6.) hazer donacion à Don Miguel su hijo de la referida Baronia, con las reservas, y pactos, que abajo pondria (que esto haze relacion al cap. 8.) y que esta promessa de dar, tendria fuerza de donacion perfeta, y obraria iguales efetos, y mas siendo hecha en contemplacion de matrimonio, como traen Pinelo, Menochio, Fontanela, y otros que cita el Señor Olea *de cessione jur. tit.* 1. *quæst.* 6. *n.* 4.

24 Pero en el mismo lugar hallarà el desengaño de lo contrario; pues examinada por el mismo Señor Olea la duda, à num. 33. resuelve: no ser lo mismo la promessa de dar, que la donacion; como ni la de ceder, que la cession; la de locar, que la locacion; la de enfeudar, que la enfeudacion misma, &c. ibi: *Et licet pro hac sententia nimis faciant, contraria tamen verior est, & ab omnibus receptum, quod pactum, seu promissio de cedendo, cessio non sit, neque ejus effectum habeat: moventur ex eo, quod promissio, & factum diversa sunt; ideoque promissionem de mutuando mutuum non esse, de vendendo venditionem, de donando donationem, &c.* y cita al Señor Salgado *de reg. protect. part.* 2. *cap.* 3. *n.* 5. à Fontanela *de pactis nup. claus.* 4. *gloss.* 9. *part.* 4. *n.* 24. à Surdo *cons.* 52. à Gutierrez *de gabel. quæst.* 47. á Caldas Pereira *quæst.* 18. *per tot.* y otros; y lo califica el text. *in l. quod si nolit* 31. §. *plane* 18. *in fine, ff. de Ædil. edict.* ibi: *Conventio ergo*

*de*

*de redhibendo uon facit locum huic actioni , ſed ipſa redhibitio.* La miſma opinion ſigue Caſtillo *lib.5.cap.67. à n.48. cum ſequentibus,* donde cita tambien muchiſsimos Eſcritores.

25 Y aunque ſobre eſta duda,es cierta la variedad de opiniones, y de Eſcritores por una , y otra, como traen el Señor Olea, Caſtillo, y Fontanela, en los lugares citados : pero deſcendiendo à los eſpecificos terminos de nueſtra eſpecie, ſalimos de la queſtion, quedando conciliadas ambas opiniones, y ſegura la nueſtra ; pues aun los Eſcritores que defienden la contraria, de que la promeſſa de dar, es lo miſmo que la donacion perfeta , corren con la diferencia de decir: O con aquella promeſſa quedò el acto tan perfeto , que para ſu total perſiſtencia no neceſsitava de otra circunſtancia extrinſeca, ò accidental , que del mero conſentimiento de las partes: ò amàs de èſte , faltava algun prerequiſito para conſtituirla del todo perfeta. Si lo primero, corre conforme la opinion, de que la promeſſa de dar , es lo miſmo que la donacion perfeta. Si lo ſegundo , es tambien igualmente ſeguida por los Eſcritores de ambas, no ſer lo miſmo la promeſſa de dar, que la donacion.

26 Es lugar puntual el de Fontanela *dict.clauſ.4. gloſſ.9. part.4.à n.33.* ibi: *Item, quod quando promiſsio interponitur ſuper actu in quo , præter conſenſum , & voluntatem contrahentium nihil aliud requiratur , tunc ſola promiſsio actum ipſum , & contractum perfectum inducit ; ſecùs verò, quando ea non non ſufficiunt, ſed aliquod præterea factum extrinſecum requiritur.* Y mas abaxo dice: *Veram reſolutionem eſſe, quod quando contractus in ſubſtantia nihil aliud continet quàm promiſsio, judicatur promiſsio,ex æquitate , ut contractus, ut evitetur inutilis circuitus ; quando verò contractus addit ſupra promiſsionem, vel in modo , vel in tempore , aut aliis proprietatibus accidentalibus,vel ſubſtantialibus, valdè differunt, & promiſsio non judicatur ut contractus.*

27 En la miſma forma concilia eſtas opiniones Caſtillo *dict.lib.5. cap. 67. n.49.* omnino videndus ; el Señor Olea *dict.tit.1.quæſt.6.n.47.* ibi: *Supereſt nunc , ut contraria argumenta diluamus , & pugnanter has ſententias redigamus in pacem. Et ex omnium melioris notæ Interpretum judicio , veriſsimè concludendum*

*eſt,*

*est, quòd quando contractus in substantia nihil aliud continet quàm promissio, & nihil solemne, post promissionem restat faciendum; quia contractus nihil addit supra promissionem, nec in modo, nec in accidentalibus, aut substantialibus, promissio faciendi, & factum, idem operabitur, ut inutilis vitetur circuitus.* Y despues de citar algunos Escritores, prosigue: *Secùs tamen erit, si in aliquo ex his, contractus à promissione distaret.*

28 Y en nuestra especie, no solo quedò imperfeto el acto de la promessa, sì que el mismo capitulo lo convence, pues se estipulò, el averse de otorgar escritura publica ante Fernando Simò, Notario, ibi: *La qual donacion se aya de hazer, y firmar ante Fernando Simò, Notario, con todas las clausulas en semejantes escrituras acostumbradas poner, &c.* cuya escritura no llegò á otorgarse, ni resulta tal de los autos; y assi es evidente, no aver tenido cumplimiento la promessa del capitulo primero.

29 Es admirable, y en terminos el lugar de Fontanela *dict. claus. 4. gloss. 9. part. 4. n. 33. vers. Ex his forsan*; donde para satisfacer, y conciliar la decision de aquel Senado, que sin embargo de la promessa de dar estipulada en capitulos matrimoniales, absolviò de ella al donador, dize: *Erat enim promissio probata testibus de donatione facienda in scriptis, altero peculiari instrumento, extra capitula matrimonialia,* (que es el caso de nuestra especie) *quo casu impossibile erat, quòd promissio ipsa, vim haberet perfectæ donationis, cùm id pendeat ex vera, & reali donatione, postea in scriptis facienda.*

30 No es menos puntual el de Castillo *dict. lib. 5. cap. 67. n. 50.* ibi: *Idque magis certum, & indubitatum reducitur ex aliis verbis ejusdem Capitulationis Matrimonialis, dum dicitur, QUE SE OBLIGAN LAS PARTES DE HAZER, Y OTORGAR TODAS LAS ESCRITURAS QUE CONVENGAN; ea namque, respiciunt tempus futurum, & denotant contractum, sive tractatum, & promissionem non remansisse perfectum, & absolutum, sed in futurum perficiendum; & pro forma videntur requirere scripturas, & majoratus mentionem in publica forma, & fundationem, atque institutionem. Y ASSI SE OBLIGAN DE HAZER, Y OTORGAR TODAS LAS ESCRITURAS QUE CON-*

*VEN-*

*VENGAN; quo circa, quamvis ita tractatum, & conventum fuerit ante realem scripturarum confectionem (ad quem se videntur remittere) pœnitentiæ locus esse videtur, nec antea habuisse partes contractum, & promissionem pro perfecta, & absoluta.*

31 De que con evidencia se descubre la insubsistencia de dicha supuesta donacion, y en consequencia la de los pactos, *quia quod est nullum, non potest effectum producere*, Casanate *cons. 2. n. 33.* por cuyos motivos le pertenecio dicha Baronia à Don Miguel fundador, no en virtud de dichos capitulos, sì solo por la ultima disposicion de su padre, en que se la dexò libre, y absoluta, y como à tal pudo disponer de ella.

## §. II.

## *QUE AUNQUE LO ESTIPULADO EN dicho primer capitulo huviera sido donacion perfeta, y no promessa, era aquella, y sus pactos nulos.*

32 QUe los pactos puestos en los capitulos matrimoniales de Don Miguel sobre la Baronia de Alcazer, fuessen nulos, & contra bonos mores, por ser sobre bienes que estavan en poder de Don Christoval Zanoguera su hermano (arb. n. 5.) lo tengo fundado en la tercera parte del Memorial à n. 159. hasta el 163. Y aunque se pudiera exornar este punto con muchissimos textos, y Escritores, pareçe bastan para evidençia los que alli se notan.

33 Y passando à la donacion, igualmente claudica; pues es cierto, que al tiempo que Don Pablo (arb. n. 6.) la hizo à Don Miguel, era èste menor de edad, como resulta del cap. 12. de los mismos matrimoniales, donde los padres de Doña Margarita Belvis constituyen la dote de èsta, à Dõ Miguel, y por su menor edad à Don Pablo, ibi: *Constituyen al dicho Don Miguel Zanoguera, y por la menor edad de este, al*

 *di-*

*dicho Don Pablo Zanoguera su padre, y legitimo Administrador, por dote, &c.* Y estando aun Don Miguel sub sacris paternis constitutus, era nula, y de ningun efeto dicha donacion, *l.cum bonis* 11. *C.de donat. l.Imperator* 50. *ff. ad Trebel. l. donationes, C.de donat.inter. l.2.C. de inoff.donat. l.* 1. *§. pater, ff. pro donato*, ibi: *Si pater filio, quem in potestate habet donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet ussum, quoniam nulla donatio est. L.donatores* 31. *§. pater, ff. de donat.* ibi: *Pater, qui filiæ, quam habuit in potestate, mancipia donavit, & peculium emancipatæ non ademit, ex post facto donationem videbatur perficisse.*

34 Pues todo lo que el hijo, existiendo baxo la potestad patria adquiere, lo adquiere al padre, y aun las donaciones por este hechas, tamquam per refluxum buelven al mismo; segun el text. *in l. placet*, que trae Pegas *de majorat. lib.*1. *cap.*7. *n.* 268. ibi: *Per refluxum revertebatur ad patrem, quod ex eo donabatur filio in sacris patris potestatis constituto.* Antonio Gomez *in l.*17.*Tauri, n.*4. Y por esso, quien tiene facultad de elegir, no puede executar la eleccion en el hijo existente baxo la patria potestad, porque serìa elegirse à sì mismo; aunque en los mayorazgos electivos procede lo contrario, quia post mortem patris conferuntur, como trae Molina *de Hisp.primog.lib.*2.*cap.*4.*n.*59.*&* 60. Y asi, no siendo valida la donacion, ni sus pactos, poco, ò nada afianzada puede tener su pretension el Marques de Belgida, fundandola en uno, y otro.

35 Y aunque algunos Escritores han querido limitar esta regla en las donaciones hechas por el padre al hijo, en contemplacion de matrimonio, valiendose del texto *in l. Pomponius Philadelphus, ff. familiæ Hercis.* suponiendolo privilegio especial de la dote: pero vistas ambas opiniones, es la nuestra la mas segura, y seguida por los Escritores de mejor nota; y asi lo decidiò el Jurisconsulto Papiniano *in l.cum pater* 77.*§. pater* 17. *ff. de legat.*2. en cuya especie dexa el padre per fideicommissum los bienes antea en los capitulos matrimoniales dados, ibi: *Pater filiæ mancipia, quæ nubenti dedit, verbis fideicommissi prestare voluit: partus susceptos, & si matres ante testamentum mortuæ fuissent, ex causa fideicommis-*

*missi præstandos respondi : nec aliud in uxore confirmatis donationibus pridem observandum est.* De cuya especie se induce, ser aquella donacion à principio nula; pues de otra forma, era por demàs la confirmacion in testamento.

36 Asi lo trae Pegas *de majorat.tom.1.cap.3.n.266. cum seqq.* donde excita la question ; y à n.270. resuelve contra la valididad de la donacion , ibi : *Contrariam opinionem, scilicet, hanc donationem causa dotis nullum habere privilegium , nec specialitatem, quam quod esse comprehensam in generali regula , donationes factas inter patrem , & filium in patria potestate constitutum annullandas fore* ; y cita à muchos. Y despues de ventiladas las razones, à n.176. dize , que aun los Escritores contrarios prescriben por indispensable , para la valididad de aquella donacion, la formal tradicion de la cosa donada, ibi : *In qua controversia DD. etiam defendentes donationis valorem factæ causa matrimoniali , in terminis d.l. Pomponius, conveniunt, necessariam esse donatorum bonorum traditionem , etsi non adfuerit , non esse validam donationem , ut plures referentes docet Rovito cons. 15.vol.2.n.15.&c.*

37 Antonio Gomez *in l.17.Tauri, n.*8. concilia dicha ley 17. con el derecho comun en la misma diferencia , ibi: *Sed istud dubium voluit tolere nostra lex, & disponere, quod si non tradatur possessio, possit melioratio revocari: modo fiat à patre, modo à matre, & modo filius sit in potestate , modo emancipatus : & iste est verus, & realis sensus, & intellectus hujus legis.*

38 Y no aviendo intervenido en nuestra especie formal tradicion de los bienes donados, antesbien resultar plenamente lo contrario del mismo cap.1. pues en èl prometiò dar dicha Baronia de Alcazer à Don Miguel para despues de los dias de Don Pablo su Padre , y de Don Christoval su tio, ibi: *Promete hazer donacion, pura, perfeta, simple , è irrevocable dicha entre vivos, surtidora efeto despues de la vida de dicho Don Pablo, y de Don Christoval Zanoguera hermano de dicho Don Pablo* ; es evidente, y clara la nulidad de aquella.

*** *** ***

QUE

# §. III.

## *QUE AUNQUE DICHA DONACION, y sus pactos, no huvieran sido nulos, fueron estos condicionales, y no se purificaron las condiciones con que estavan concebidos.*

39 ESte, y el parrafo siguiente, se pudieran escusar; pues no aviendo donacion, ò siendo nula la supuesta, no cabe indagar sobre sus qualidades, juxt.text. *in l.si servum 4. §. si modus, ff. de action.emp. & vendit. Non potest æstimari bonitas loci qui non extat*, y la 83. *de reg.jur.* y segun el Filosofo, serìa suponer qualidad sin sujeto, quando no la ay sin èl, *l.ejus qui in Provincia 41.vers. quoniam tunc, ff. de reb.credit.* Barbosa *axiomate 5.n.1.& axiomat.196.n.1.* Carlevalio *de judic.tit.3.disput.4.n.20.circa fin.* Sabel.*in sum.tom.3. littera Q, §.1. n.5.* con todo, para que, aun mirada la especie à la luz que supone el Contendor, tenga evidente desengaño, trataremos de uno, y otro.

40 Y para verificar lo condicional de dichos pactos, devemos acordar el cap. 11. de los matrimoniales de Don Pablo Zanoguera (arb.n.6.) casando con Doña Angela Belvis, padres del vinculador, en que se convino, ibi: *Que siempre, y quando Don Pablo llegasse à ser dueño de la referida Baronia de Alcazer, huviesse de disponer, assi entre vivos, como en ultima voluntad, en hijo varon de dicho matrimonio, y en aquel que le pareciere, y con los pautos, y condiciones que bien visto le fuesse*; consta en los autos de possessión foj. 161.B. y 162.

41 Efectuado este matrimonio, y teniendo de èl en hijo unico à Don Miguel Zanoguera, fundador (arb. n.8.) casandole con Doña Margarita Belvis, se convino en el primero, como và dicho, que Don Pablo huviesse de hazer eleccion, y nombramiento de dicho Don Miguel en succesor de la Baronia de Alcazer, para despues de los dias de Don Pablo, y de Don Christoval su hermano (arb. n. 5.) usando de qualesquiera facultades que tuviesse, para elegir, y nombrar;

brar: y para mayor eſtabilidad de eſta promeſſa, huvieſſe de hazer donacion, dicha entre vivos, al referido Don Miguel de la expreſſada Baronia, y otros bienes, que avia de tener efeto deſpues de ſus dias, y de los de Don Chriſtoval ſu hermano; và à la letra en eſta Addicion à num .1.

42 En el ſegundo ſe eſtipulò, que la referida eleccion, nombramiento, y en ſu caſo donacion, ſe entendieſſe ſin perjudicar à Don Miguel fundador, en los derechos que ex propria perſona tenia, y pudieſſe tener en dicha Baronia, y demàs bienes, aſsi en virtud del teſtamento, y codicilo de Don Miguel Zanoguera, y Doña Magdalena Puchades (arb. n.3.) como de los capitulos matrimoniales del miſmo Don Pablo, y Doña Angela Belvis (arb.n.6.) no queriendo eſtar tenido de eviccion, en caſo que à Don Miguel fundador le tocaſſe ex propria perſona, pues ſolo le dava, y cedìa el derecho que le competia; conſta del miſmo capitulo, en eſta Addicion n.2.

43 En el tercero ſe reſervò la facultad de poder diſponer à ſu voluntad de 12000.lib. y en caſo de no hazerlo, que quedaſſen en el cuerpo de la herencia.

44 En el quarto: que en caſo que dicho Don Pablo, ſegun los teſtamentos, y codicilos de ſus anteceſſores, tuvieſſe facultad de poner pactos, vinculos, y condiciones, à la perſona que eligieſſe en ſucceſſor de dicha Baronia, ſe la reſervava, para poderlo executar en Don Miguel, y ſus ſucceſſores, en el modo, y forma, que abaxo expreſſaria, aſsi entre vivos, como en ultima voluntad; y eſta meſma facultad ſe reſervò *en caſo que* Don Miguel no tuvieſſe por sì derecho alguno en dicha Baronia.

45 Y llegando al octavo, eſcollo de eſte pleyto, ſe convino, ibi: *Que dicho Don Miguel Zanoguera, teniendo hijos varones del preſente matrimonio, ſea tenido, y obligado à diſponer en hijos varones del preſente matrimonio, de dichos bienes donados: y lo miſmo ſe entienda, en caſo que no tuvieſſe varones, y tuvieſſe hembras del preſente matrimonio, y de otro qualquiera; de forma, que los hijos varones del preſente matrimonio en todos tiempos ſean*

E *pre-*

*preferidos à los hijos varones de otro matrimonio, y las hembras de este, à las de otro qualquiera.*

46 Del contexto, y agregado de estos capitulos se induce en legitima, y necessaria consequencia, que las reservas puestas por Don Pablo en el primero, y segundo, de poner pactos, vinculos, y condiciones à Don Miguel, y sus successores, fueron concebidas baxo dos condiciones, que ninguna de ellas se purificò; siendo la primera la que ofrecen los mismos capitulos, pues Don Pablo se reservò dicha facultad, en caso solo de no tener Don Miguel derecho à dicha Baronia ex propria persona, como es de ver en el cap. 4. ibi: *Y esta misma facultad se reserva, en dicha forma, EN CASO QUE EL DICHO DON MIGUEL POR SU PROPIA PERSONA NO TENGA DERECHO ALGUNO EN DICHA BARONIA.*

47 De que nace, que competiendole à Don Miguel, como le competia, derecho à la expressada Baronia, segun lo estipulado en el capitulo onze de los matrimoniales de su padre, quedò en este abdicada la facultad de gravarle, pues faltò la condicion baxo la qual lo queria executar: y es proposicion de regla, que lo dado, ò estipulado baxo una condicion, se entiende derimido, ò derogado sub contraria. *L. 27. §. 1. ff. de condit. instit. l. quod purè 6. ff. quando dies legat. ced. l. si legatum 11. ff. de adimend. vel transfer. legat.* ibi: *Cùm sub conditione adimitur, perinde est ac si sub contraria conditione datum fuisset.* Fontanela *decis. 524. n. 9.* Valenzuela *cons. 106. n. 25. & cons. 133. n. 4. & 6.* que van à la letra en el Memorial à n. 113.

48 Y sin recurrir à estos legales principios, con la mas viva expression lo declarò el mismo Don Pablo en dicho cap. 4. ibi: *EN CASO QUE DON MIGUEL POR SU PROPIA PERSONA SEA LLAMADO, ò el dicho Don Pablo no pueda poner dichos pactos, vinculos, y condiciones, no entiendo reservarse dicha facultad.* Y esta declaracion dexa del todo desvanecida la facultad reservada, por ser aquella el mas fiel, y puntual interprete de su intenciò. *L. in ambiguis 96. ff. de reg. jur.* ibi: *In ambiguis orationibus maximè sententia expectanda est,*

*ejus*

*ejus qui eas protulisset*; como notò Ciceron *lib.* 3. *de emtione*, y Baldo *cons.* 458. *n.* 2. *vol.* 3. ibi: *Quotiescumque enim testator, qui est causa eficiens, & formalis interpretatur se ipsum, non est opus extraneo interprete, nec extrinseco intellectu.* Casanate *cons.* 47. *n.* 63. & 64. pues no ay mejor declaracion que la que haze el mesmo que dispone, *quia ejus est interpretare cujus est condere, l. hæredes palam, §.* 1. *ff. de test. à ment.* y la interpretacion, y declaracion del testador vence la de la ley; pues los hechos no se deven declarar, y governar pro ut regulariter fiunt, aut leges disponunt, sino segun la voluntad del que les hizo, *l.* 120. *ff. de verb. signif. l. ex facto* 35. §. 3. *ff. de hered. instit.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 3. *tit.* 11. *num.* 1. el Señor Larrea *decis.* 33. *num.* 31.

49 Y asi, el derecho cierto que à Don Miguel le dava el capitulo onze de los matrimoniales de su padre, hizo caducar las reservas de este, y extinguir la facultad de gravarle, y por consiguiente el gravamen de dicho capitulo 8. en caso de averle. *L unica, §. sint autem, C. de caduc. tolen. l. qui heredi* 44. §. *Plautius, ff. de condit. & donat.* Menoch. *de præsumt. lib.* 4. *præsump.* 55. *n.* 4. Torre *de majorat. tom.* 3. *decis.* 62. *n.* 3. ibi: *Quæ non impleta conditione penitùs exstinguitur, & nullius est momenti.*

50 Pues faltando la condicion al acto, y disposicion baxo ella concebido, queda ilusorio, y nulo, *l. filiusfam.* 117. §. *cum quis, ff. de legat.* 1. *l. ex facto* 17. §. *penult. ff. ad Trebel. l. cum uxori* 4. *C. quando dies legatorum cedat, l. pecuniam, ff. si certum petatur*, Casanate *cons.* 4. *n.* 235. Fusario *de substit. quæst.* 480. *n.* 56. Burato *decis.* 385. *n.* 6. & *decis.* 221. *n.* 9. & 10. Larrea *allegat.* 98. *n.* 5. & 6. Antunez Portugal *de donat. tom.* 1. *prælud.* 2. §. 1. *n.* 33. ibi: *Ergo defectus conditionis facit, ut dispositio habeatur, ac si numquam fuisset facta.* Torre *de majorat. tom.* 2. *cap.* 33. *n.* 37. ibi: *Conditione non impleta nulla redditur dispositio, perinde ac si facta non fuisset.* Demanera, que ipso Jure se desvanece, *l. necessaria* 8. §. 1. *ff. de pericul. & com. reivend. l.* 36. *ff. si certum petatur.* Ciriaco *controver.* 546. *n.* 77. Antunez *ubi proxime, n.* 31. ibi: *Contractus conditionalis, deficiente conditione ipso jure resolvitur.* Y asi, aviendo faltado la condicion baxo la

qual

qual se reservò Don Pablo la facultad de gravar à su hijo Don Miguel, se desvaneciò la reserva, y el pretendido gravamen.

51 Convencese lo condicional de dicha reserva de poner pactos, de las mismas clausulas del cap.4. ibi: *EN CASO QUE el dicho Don Miguel por su propia persona sea llamado, &c.* Y aquellas palabras *en caso que*, que equivalen à *casu quo*, son condicionales, y hazen tal la disposicion; Craveta *cons*268. *colum.*1. Surdo *cons.*548.*n.*1. Barbosa *de dict. dict.*43. ibi: *Et verba CASU QUO faciunt constitutionem conditionalem.* Y Don Pablo, no solo hizo tal la reserva, y facultad de gravar à Don Miguel, sì que la restringiò à los casos que expressava el mismo capitulo de poderlo hazer, y no tener Don Miguel derecho ex propria persona, ibi: *En tal caso*, que corresponde *eo casu*; cuyas palabras, ò dicciones son restrictivas à los casos expressados, y exclusivas de otros. Rolando à Valle *lib.*4.*cons.*38.*n.*43. Fusario *de substit. quæst.* 480. *n.* 3. Barbosa *de dict. dict.*89. *n.*1. Peregrino *de fideicom. art.* 13. *n.* 65. Ciriaco *controver.* 522.*n.* 95. Casanate *cons.* 4. *n.* 137. Cardinal.de Luca *de fideicom.discur.* 87. *n.*4. ibi: *Fortius verò concurrentibus illis verbis restrictivis TUNC, & EO CASU, substitutionem ad eum casum restringentibus, omnemque alium excludentibus.* Torre *de majorat.tom.*2. *quæst.*38. *n.* 215. & 216. & passim omnes.

52 La segunda condicion, que excluye la precision en Don Miguel de disponer, nace del mismo cap. 8. pues en este se previno, que teniendo hijos de aquel matrimonio, y de otro qualquiera, fuesse tenido, y obligado à disponer en hijos de aquel matrimonio, ibi: *Teniendo hijos varones del presente matrimonio, &c.* Luego no aviendo llegado este caso, por ser unico el que contratò Don Miguel, es ilacion evidente, no aver tenido efeto la estipulada, y supuesta obligacion de disponer, por no aver sucedido el caso para que se previno, que era el de tener hijos de dos matrimonios.

53 No solo caducò la disposicion de dicho capitulo octavo por la dificiencia de las condiciones baxo las quales estava concebido, sino por la expressa, y clara voluntad del mis-

mismo Don Pablo, que es à la que se deve estar, y atender, como latamente tengo fundado en la primera parte del Memorial, à n.48. y mas al intento 3.part.n.155. pues antes, y despues de dicho capitulo octavo, y siempre, fue el blanco de su intencion, preservar à Don Miguel los derechos que le competian ex propria persona; pues ya en el primero de dichos matrimoniales tuvo presente la obligacion del cap. 11. ibi: *Usando de qualesquiera facultades, que el dicho Don Pablo tiene de elegir, y nombrar, &c.*

54 En el segundo se explicò diziendo: Que el nombramiento, y eleccion, que en el primero hazìa, era sin causar à Don Miguel el menor perjuizio en los derechos que ex propria persona tenia, ibi: *Que por la dicha eleccion, y nombramiento, y en su caso donacion hecha por el dicho Don Pablo Zanoguera, de la persona de dicho Don Miguel Zanoguera de successor en dicha Baronia, no sea causado perjuicio alguno al dicho Don Miguel Zanoguera en los derechos que aquel ex propria persona tiene, ò en lo venidero puede tener, assi en dicha Baronia, como en qualesquiera otros bienes, en virtud del testamento, ò codicilos de Don Miguel Zanoguera, y Doña Madalena Pujades, y en los capitulos matrimoniales del mismo Don Pablo Zanoguera, y de Doña Angela Belvis su muger. Y que para en caso que dicha Baronia, y qualesquiera otros bienes pertenezcan al dicho Don Miguel ex propria persona, no quede obligado de eviccion alguna, como solo el dicho Don Pablo le dà, y entiende dar, el derecho que le compete, y puede competer en dicha Baronia.*

55 En el quarto expressò: Que la facultad de poner pactos, reservada en el primero, era baxo las condiciones, y llamamientos, de poderlo hazer, y no tener Don Miguel derecho ex propria persona à dicha Baronia; cuya condicion, como tenemos dicho, faltò, y por ello la facultad reservada.

56 Y llegando à su ultima disposicion, puso el sello à quanto llevamos dicho, instituyendo heredero à Don Miguel con la clausula, ibi: *Queriendo expressamente: que si de dichos testamentos, herencias, y capitulos matrimoniales, no resultavan vinculos, quiero, y es mi voluntad, que dicho Don Miguel Zano-*

*guera, hijo, y heredero mio, tenga los bienes libres; porque el fin, intencion, y voluntad mia, no es vincularlos de nuevo, ni gravarle en manera alguna, sino en tanto, quanto lo estaràn, conforme dichos testamentos, herencias, y capitulos matrimoniales, y no en otra manera.*

57 Y deviendose estar, asi en los contratos, como en las ultimas disposiciones, à la verosimil mente de los contrayentes, ò testadores, como tengo fundado en el memorial, part.3. num. 155. quando fuera dudoso lo estipulado en el cap.8. que no haze, devia tomar su interpretacion de los capitulos antecedentes, y subsequentes, y de la ultima disposicion de dicho Don Pablo; arg.text. *in l.Lucius, §. pater puerum, ff.ad Trebel.* Fussario *de subst. quæst.* 478. *num.* 2. Larrea *decis.* 33.*n.*29.

58 Y constando por uno, y otro, ser la mente, y clara voluntad de Don Pablo, el no querer perjudicar à Don Miguel su hijo en los derechos que ex propria persona tenia, parece y es por demàs persuadirlo; *l.*1.*§.*8. *ff.de dot. præ.* ibi: *Quidquid demonstratæ rei additur satis demonstratæ frustra est*; y como con Pitagoras trae Valenz. *cons.*63. *n.* 189. *Ridiculus forem si Phebo lucem addere velem. Cap.si omnia 6.quæst.*1. Pues la interpretacion recae solo en lo dudoso, y no en lo evidente. *L.continuus* 137. *§.cum ita, in fin. ff.de verb.obligat. l.si certis annis, C.de pact. l.ille aut ille* 25. *§.*1. *de legat.* 3. Casiod. *lib.* 9. *var.cap.*23. *Quis de illa re æstimet deliberandum, ubi nihil reperitur ambiguum.* Y la misma demonstracion, y evidencia, escusa hazerla mayor, *l.ea quæ 43.in prin. ff.de contr. emp. l.*1. *§. illud, l.si tamen, §.ei, ff.de Ædil.edict. l.*1. *in fin. ff.de dot.præleg.*

59 Sin que desvanezca esta verdad la replica, de que el derecho que podia tener Don Miguel en virtud del cap.11. de los matrimoniales de su padre, era, à suceder en la Baronia despues de la muerte de aquel; pero que esta succesion se entenderìa con los pactos, condiciones, y gravamenes, que su padre quisiesse, pues asi se hallava estipulado; en cuyos terminos pudo efectuar el gravamen del cap. 8. sin perjudicar en nada à Don Miguel, *l.nemo* 151.*ff.de reg.jur.*

60 Pues esta replica se satisface en que, aunque sea cier-

cierta la reserva del cap.11. de los matrimoniales de Don Pablo, de poder poner pactos, &c. no tuvo aquella efeto, por no averla puesto en execucion, *l.3.ff.de reg.jur.* Mieres *de majorat.p.1.n.103.* el Card. de Luca *de testam. disc. 44. n.1. in fin.* ibi: *Facultas non deducta ad exercitium, nullius erat operationis:* y no es lo mismo la facultad de gravar, que el gravamen; la de elegir, que la eleccion; la de enagenar, que la enagenacion, &c. con muchos Salg. *in labyrinth. cred. par. 2. cap.10. n.65. & præcipuè à n. 90.* Y quien tiene facultad de gravar, no haziendolo, es lo mismo que si no la tuviera, pues depende de su arbitrio el usar, ò no, de la facultad concedida. Cancer. *var.resol. p.1. cap. 8. n. 117.* Fontanel. *de pact. claus.4.gloss.27.per tot.* Fussar. *de substit.quæst.545. n.38.* Noguerol. *allegat.19.n.116.* con muchos Salgado, ubi proximè, *n.94.* ibi: *Cum in sui arbitrio sit, uti, vel non uti facultate à se impetrata, &c.*

61 Y constando por expressa, y clara voluntad de Don Pablo, no querer perjudicar à su hijo Don Miguel en los derechos que ex propria persona, y en virtud del mismo cap.11. le competian, como tengo fundado en los numeros antecedentes, es evidente, que aunque tuvo facultad en virtud de la reserva para gravarle, le faltò la voluntad para hazerlo, pues fue clara la que expressò en no querer perjudicar à Don Miguel su hijo; y lo cõvencen las repetidas, y geminadas expressiones que hizo, las quales la constituyen en el ser de mas estable, cierta, y segura; *l. ballista, ff. ad Trebel. cap.si quis iratus 1.quæst.1.l.1.ff.de const.pecun.* Peregr. *de fideicom.art.23.n.40.* ibi: *Nam geminatio magis enixam, & deliberatam disponentis mentem demonstrat.* Mieres *de majorat. part. 1. quæst.22.n.138.* Torre *de majorat.tom.1.cap.9. §.8.n. 149. & tom. 3.decis.19.n.6.* ibi: *Nam ex repetitione arguitur magis enixa voluntas.*

62 Y lo que quita la duda, y afianza la voluntad de Don Pablo en no querer vincular, ni aver vinculado en el cap.8. de los matrimoniales de Don Miguel la Baronia de Alcacer, es el mismo capitulo; pues en èl, ni ay vinculo, ni gravamen alguno, ni clausula, que lo persuada, como lo evi-

evidenciarèmos en el parrafo siguiente: y assi, de poca eficacia pueden servir las razones, y fundamentos, que se establecen con el seguro, y falso supuesto de dicho vinculo.

## §. IV.

### *QUE AUNQUE DICHA DONACION fuera perfeta, y sus pactos puros, y no condicionales, no resulta de ellos vinculo, gravamen, ni impedimento à Don Miguel, para la fundacion del Mayorazgo que hizo.*

63 VErificado, como lo queda, que las facultades reservadas por Don Pablo de poder poner pactos à Don Miguel, no tuvieron, ni pudieron tener efecto, por la deficiencia de las condiciones baxo las quales se las reservava, y por la expressa voluntad del mismo Don Pablo, en tantos actos calificada; y quedando en terminos de una simple donacion, sin pacto, ni gravamen alguno, en los quales, como à bienes propios, absolutos, y de libre disposicion en Don Miguel, pudo sujetarles à los gravamenes que hizo: *Cùm quilibet in sua re sit moderator, & arbiter, l. in re mandata 21.C. mandati*: no necessitavamos probar, q̃ de dichos pactos (aun siendo ciertos, y puros) no resultava gravamen contra Don Miguel, para impedirle la fundacion de su Mayorazgo; sinembargo, empeñados en la mayor evidencia, lo executarèmos, para total desengaño, haziendo evidente demonstracion, que aunque dicha supuesta donacion fuera estable, y perfeta, y sus pactos puros, y absolutos, no resultava de ellos vinculo, gravamen, ni embarazo à Don Miguel, para la fundacion del Mayorazgo que formò.

64 El principal fundamento con que esfuerza la adversa el impedimento en Don Miguel, es la general regla, que el obligado à disponer, no puede gravar, segun el texto

to en la ley *unum ex familia 67. §. si falcidia 1. & §. sed etsi fundum 5. ff. de legat. 2.* y trae Molina *de Hispan. primog. lib. 2. cap. 4. num. 19.* Y mas en los bienes antecedentemente dados, *juxta textum in l. perfecta donatio, C. de donat. quæ sub modo*; y que estando Don Miguel, en virtud del cap. 8. de dichos Matrimoniales, obligado à disponer de dichos bienes donados en hijos de aquel matrimonio, èsta precission le embarazaria el poner los gravamenes que en ellos puso.

65 Esta regla general, aunque en sì sea cierta, y se pudiera contraher à la especie que se ventila, que no cabe, por la notoria diferencia de la obligacion de disponer à la de preferir en la succession, que mas abajo manifestarèmos; y suponiendo la del cap. 1. donacion perfecta, que no es assi, como tengo fundado en los §§. 1. y 2. de esta Adicion, en cuyo caso, no es adaptable al nuestro la decision de dicha ley *perfecta donatio*, pues èsta, y quantos Autores sobre ella han escrito, hablan en terminos de donacion absoluta, y del todo perfecta, cuyas substanciales circunstancias, no concurren en la nuestra.

66 Y dando aun de barato, ser aplicable à nuestra especie la regla, que el obligado à disponer, no puede gravar, se deve, como otra qualquiera, contraher à los especificos, y peculiares terminos, para ver, si ay excepciones que la limiten, y coharten, pues como funda Mantica *de tacitur. & ambig. lib. 4. tit. 2. num. 2.* es sumamente peligroso, y reprehensible el decidir por reglas generales; y los que por ellas resuelven, merecen el calumnioso epiteto con que les reprehende Guzman *in verit. Juris. vtrit. 24. num. 1. in fin.* y mucho mas en materias de Mayorazgos, como expressa Molina *de Primog. lib. 2. cap. 8. num. 23.* Mieres *de majorat. 1. part. quæst. 44. num. 11.* Molina Theologus *lib. 3. dispat. 617. num. 19.* Castillo *lib. 3. cap. 10. num. 7.* Larrea *decis. 33. num. 31.* el Cardenal de Luca *de fideicom. discurs. 6. num. 15. in fin.* ibi: *Erroneum est in hac materia certam regulam, seu conditionem statuere, cum totum pendeat à singulorum casuum qualitate, & circunstantiis, quæ scribentes in decisionibus, vel consiliis, occasione particularium controversiarum, in singulis respectivè casibus deducuntur, cum hic videatur error nimium*

*mium clarus, in omni materia, potissimè verò in ista fideicommissaria.*

67 Y reparadas las particulares circunstancias de todo el hecho, los mismos capitulos Matrimoniales, declaraciones testamentarias subseguidas, y demàs circunstancias, hallarèmos, que ni dicha regla es adaptable al nuestro, ni se puede por ella decidir, por concurrir aqui todas las excepciones que la limitan.

68 Pues es proposicion cierta, que la institucion de heredero, con la aceptacion de èste, limìta aquella regla, y basta para la subsistencia de los gravamenes que pusiere el Testador aun en los bienes antea donados, como con Peregrino, Fontanela, y Castillo sobre la ley *perfecta donatio, C. de donat. quæ sub modo*, sumamente terminante para nuestra especie tengo fundado en la tercera parte de la Alegacion à num. 173. hasta 177. à que añadimos el texto *in auth. occupatis, de heredibus, & falcid. cap.* 1. ibi: *His igitur à nobis prædinatis sancimus eos qui ab aliquibus scripti sunt hæredes, aut meruerunt fideicommissa per universitatem forsan, aut per speciem, aut legatum, necessitatem habere, quæcumque testator, & honorans eos disposuerint, omnimodo ea complere.*

69 Fue del mismo sentir Pegas *de majorat. t.* 1. *cap.* 6. *num.* 200. ibi: *Si aliquis fecit donationem simpliciter inter vivos, & postea fecit testamentum in quo dedictis bonis fecit majoratum, vocans donatorem, & ille capeat possessionem virtute testamenti* (como lo hizo Don Christoval, y sus descendientes) *aut faciat aliquem actum approbationis, probatur*, y cita muchos Escritores. Mieres *de majorat. part.* 1. *quæst.* 66. *n.* 17. donde cita à Antonio Gomez, Matienzo, y otros. Y constando como consta, que D. Christoval (arb. n. 9.) no solo aceptò, y adiriò à la disposicion de su padre Don Miguel, sino que la aprobò, y confirmò en su testamanto, es inquestionable su valididad, y subsistencia.

70 Sin que lo embarace, el decirse, que para convencer la aprobacion de Don Christoval en el testamento de su padre era menester expressa, y formal ratificacion de èste, porque amàs de sacarnos de esta duda el mismo testamento

de

de Don Christoval, en que expressa, y formalmente adiriò à la disposicion de su padre, ibi: *Con los mismos pactos, vinculos, y condiciones puestas por el mismo Don Miguel Zanoguera, padre, y Señor mio en su ultimo testamento, en que me dexa heredero, recibido por Gasull, Notario, en 19. de Julio 1629. queriendo averles aqui por repetidos*; era por demàs esta formalidad, pues bastava la ciencia de los gravamenes impuestos por su padre, sin reclamar de ellos; porque entre personas conjuntas, qual eran padre, è hijo, por sola la ciencia, y su taciturnidad se presume el consentimiento en la aprobacion, *l. si servus, ff. de donat. inter.* Bart. *in l.quæ dotis num.22. vers. falit.* Menoch. *cons.*304. *num.*30. Pegas *de majorat. tom.*1.*cap.*7. *num.*208. ibi: *Quæ dicta sunt optimè procedunt in nostro casu, in quo proponitur scientia neptis circa vocationum mutationem, & illius approbatio, & consensus, non solum expressus, ex ratione ab eo data institutrici, & nominatione in filium seniorem facta, sed tacitus deductus ex scientia, & approbatione, absque contradictione, & reclamatione, qui sufficit ad dictæ mutationis vocationum validitatem, & declarationem; inter enim conjunctos, ex sola scientia præsumitur consensus, etiam in præjudicialibus, idque ratione taciturnitatis.*

71 Y bastava el tacito consentimiento por un quinquenio, por el qual se induce la declaracion de la voluntad, y perjudica del mismo modo que la expressa. *L.qui in aliena, §.sed si non adierit, ff.de adquir.hered. l.si filius, C.pet.hered. l.cum post. ff.de jure dotium*: Pegas *de majorat.dict. cap.*7.*n.* 210. Pues aviendo podido Don Christoval contradecir la disposicion de su padre Don Miguel, si es que le perjudicava, no lo hizo, ni de ella reclamò: lo que prueva su expresso, y formal consentimiento, y mas siendo sobre derecho real. Menoch. *cons.* 304.*n.*30. Castillo *de usuf.cap.*2.*n.*105. *cum seqq.* con muchos Pegas *dict.tom.*1.*cap.*7. *n.*211. ibi: *Et quando tacens potuit actum impedire contradicendo, & non fecit, sed habuit taciturnitatem, ex illa inducitur consensus, si de jure reali agitur, & ipse potuit impedire, ne ille actus fieret in præjudicium sui juris realis, & non contradicit, neque reclamat, videtur consentire in declaratione, & mutatione vocationis, & valida alteratio illius existit.*

72 Y assi, la uniformidad, y consentimiento de Don Chris-

Chriſtoval en la voluntad de ſu padre Don Miguel, no ſolo por un quinquenio, ſino por muchos años; pues los miſmos autos publican la obſervancia de mas de 90. tanto por el miſmo Don Chriſtoval ſu hijo, como por ſus deſcendientes, la hizo eſtable, y ſegura, y no pudieron ni unos, ni otros impugnarla; text. *in cap.quod ſemel, de regul.jur.in 6.* ibi: *Quod ſemel placuit amplius diſplicere non poteſt*; y les perjudicò à todos, quedando en ſu ſer, y ſubſiſtencia la diſpoſicion.

73 Ni ſe podrà alterar eſta verdad en dezirſe, que al tiempo de la addicion de herencia de Don Miguel, el Curador de Don Chriſtoval proteſtò la ſalvedad de los derechos de èſte, y que eſta proteſta era baſtante para calificar la repugnancia à la diſpoſicion de ſu padre.

74 Porque fuera bueno el reparo à tener Don Chriſtoval otro derecho que el que le conferìa la acceptacion de herencia de dicho ſu padre; pues, como baxo manifeſtarèmos, era el unico con que podia aſpirar à la adquiſicion de dicha Baronia: y aſsi, poco favorables efetos le pudo producir la proteſta del Curador.

75 Amàs, que dicha general proteſta no podia obrar coſa alguna, aſsi por ſer contraria al propio hecho de la acceptacion, ò immiſcuicion, en cuyos terminos no ſubſiſte, *l.cum in plures 60. § locator horrei 6.ff.locati, l. 1. §.1.ff. ſi uſuſfruct.petat. l.ſi quis extraneus 21. ff. de adquir. hered. cap.ſolitudinem, in fin.de appel. cap.gratum, de offic. & poteſt. Judic. delegat.* Surdo *conſ.456.n.32. & 33. lib.4.* Iranzo *de poteſt. cap. 31. n.1.* con muchos Olea *de ceſsion.jurium, tit. 8. quæſt. 1.n.13.* como por mediar expreſſa aprobacion de la voluntad de Dō Miguel fundador, hecha por el miſmo Curador, *l.196. de reg.jur.l.3.de legat.1.* Surdo *conſ.10.n.24.* Torre *de majorat.tom. 3.deciſ.20.n.41.* pues ſeguida la muerte de Don Miguel tomò la poſſeſsion de la expreſſada Baronia con el titulo de heredero, ſegun eſcritura autorizada por Vicente Gazull; en los autos de poſſeſsion foj.242.B. y à las 244.B y 245.dize: *Que por quanto ſegun voluntad de Dios el dicho Don Miguel Zanoguera era muerto, y paſſado de la preſente vida en la otra en 10. de Junio de dicho año, dexando en HIJO UNICO, Y HEREDE- RO*

*RO AL DICHO DON CHRISTOVAL*; *por cuya razon, &c.*

76 Y este hecho no dize consonancia con la afectada repugnancia à la disposicion de su padre, sino una total conformidad en ella, desvaneciendo qualquier antecedente protesta, *cap.cum M. Ferrariensis 9. de const.* noster Iranzo *de protest.cap.10.n.7.& cap. 32. n. 1.* y una vez aprobada, no cabe su desentimiento, *cap.quod semel, de reg. jur. in 6. l. si quis testibus 17.C.de testibus,l. Pomponius 9. ff.de neg. gestis*, ibi: *Quod reprobare non possim, semel probatum, & quemadmodum quod utiliter gentium est, necesse est apud Judicem pro rato haberi, & ibi gloss.* en propios terminos Gracian *disceptat.foren. cap. 941. n. 10.& 21.* pues la aprobacion es efeto de drecho, que se sigue necessariamente de la acceptacion, quedando por esta obligado el heredero al cumplimiento de la disposicion; argum text. *in l.2. ff. de adquir. her. & ibi Glossa, l. filiusfamilias 114.§. cum pater 14. in fin. ff.de legat.1.* Pereg. *de fideicom.art. 33.n.9.&* 10. Thusc. *tom.6.conclus.944.* y tengo fundado en la Alegacion p.3.n.177. Y quien por medio de la acceptacion, immiscuicion, ò gestion, fue heredero, lo queda siempre. *L.53.§. qui semel, ff.de adquir.hered. l.sicut, C.de repud.hered. l.si te bonis, C.de jur.deliber. gloss.in Galus, §.& quid, ff.de liber. & posth. §.extraneis autem, Instit. de hered. qualit. & differ.* Spereli *decis.146.n.20.*

77 Y lo que quita toda duda, y assegura de cierto lo referido, es, el hecho del mismo Don Christoval, que ya mayor de edad, y en el acto mas serio, y reflexionado, qual era su ultima disposicion, aprobò lo executado por el Curador, adiriendo expressamente à la voluntad, y disposicion de su padre, ibi: *Con los mismos pactos, vinculos, y condiciones, puestos por el dicho Don Miguel, padre, y señor mio, en su ultimo testamento EN QUE ME DEXO HEREDERO, &c.* y esta confession de heredero, con el hecho de hazer una, ambas disposiciones, dexa del todo desvanecida la duda, de si adiriò, ò no; pues no pudo con mayores expressiones manifestar su consentimiento en aquella, como tengo fundado en el Memorial à num.165. hasta el 168. à que con muchos aña-

dimos à Pegas *de majorat.tom.1.cap.3. num.51. 52. & 53. cum seqq.*

78 Y serìa pretension contra todo drecho, buena fee, y equidad, que aviendo Don Christoval (arb.n.9.) y todos los demàs posseedores hasta esta ultima vacante, aceptado, y aprobado la disposicion de Don Miguel, Fundador, sucediendo en virtud de ella, y desfrutando todos los bienes de su herencia, por espacio de mas de 90. años, querer aora desvanecerla, y impugnarla, *l. apud celsum 3. §. 7. ff. de doli mala excep.* ibi: *Iniquum enim esse, & hominem possidere, & pœnam exigere, l.eleganter 23. §.3.in fin. ff. de condit. indeb.* ibi: *Neque enim utrumque debet locum habere, & repetitio & exceptio.*

79 No se contentò Don Miguel en instituìr heredero à Don Christoval su hijo en lo general de todos sus bienes, drechos, y acciones, en que sin duda se incluìa la Baronìa de Alcacer (que esto solo con la aceptacion bastava, para subsistir el Mayorazgo que de ella hizo, como tengo fundado) sino que para quitar toda duda, y desvanecer la mas leve sombra, dispuso de dicha Baronìa *SPECIFICE ET NOMINATIM*, dando forma à la succession, ibi: *Huya dicho Don Christoval mi hijo de disponer de dichos bienes, y herencia, Y DE LA REFERIDA BARONIA DE ALCACER, en esta forma, &c.* Y aunque en el primer caso, en que por lo general dispone el Testador de los bienes donados, pudiera aver su controversia (aunque no en terminos de nuestra especie) no cabe la menor en el segundo, en que el Testador *especial*, y *expressamente* dispone de los bienes donados, como hizo Don Miguel, ibi: *Y DE LA REFERIDA BARONIA DE ALCACER*, pues en estos terminos corre conforme la opinion de quedar dichos bienes incluìdos en el fideicomisso, ò mayorazgo, *l. si quando, ff. de legat. 1. l. sequens quæstio 68. ff. de legat. 2.* ibi: *Planè nominatim maritus uxori fideicommittere potest, ut, & ea restituat.*

80 Con muchos, Menoch. *de præsump. 196. num. 6.* donde pone por regla, no estàr tenido el hijo à restituìr per fideicommissum los bienes dados por su padre, y à num. 8. exceptùa de aquella nuestro caso, ibi: *Declaratur primo hoc exem-*

*exemplum: ut non habeat locum, quando testator specificè gravavit uxorem restituere etiam bona hæc donata: sicuti apertè respondit Paulus in dicta lege sequens quæstio in fine cum dixit, &c.* Surdo *decis. 93. per tot. & præcipuè num.* 18. Peregrino *de fideicom. art. 6. num.* 1 *circa medium*, ibi: *Si tamen pater filium, maritus uxorem in rebus sic donatis nominatim gravasset, equidem valeret injunctum onus*, y con igual, ò mayor expression *à num.* 6. *circa fin.* ibi: *Resolutio hujus articuli pendet à voluntate Testatoris, nam si ex dispositis appareat voluisse fideicommittere de rebus validè donatis filiis suis hæredibus institutis, equidem fideicommissum valebit. & cons. 62. n. 4. vol. 4.*

81 Adiriò à lo mismo Fontanela *de pact. nup. claus. 4. glos. 5. num.* 31. donde con la misma diferencia, de quando el donador *expressamente*, y *con particular cuidado* incluye en el fideicomisso los bienes precedentemente dados, à quando *simpliciter*, y *por lo general*, sin hacer especial mencion dispone de todos, resolviédo en el primer caso subsistir aquel, ibi: *Duos sentio fore casus distinguendos, aut enim Testator nominatim, & expressè donatà, fideicommisso universali subjicit, aut simpliciter nulla de eà facta mentione fideicommissum universalem instituit: Primo casu tenet fideicommissum, & tenetur hæres, tam in re donata, quam in aliis illius bonis observare voluntatem defuncti.*

82 Ni subsistiria la replica de que esta facultad del Testador, de poder gravar al heredero en los bienes antea donados podria tener lugar, atendido el drecho del digesto, y segun los textos en la ley *unum ex familia, §. si rem, ff. de legat. 2.* y la ley *filius familias de legat. 1.* pero que esta disposicion estaria antiquada, y derogada por el drecho del Codigo, segun la ley *final, C. de jur. deliberand.* y la *auth. §. hinc nobis de hæred. & falsidia*, cuya replica se hace el Cardenal de Luca *de fideicom. post discurs. 134. §. nec obstare.*

83 Pues en el mismo lugar, y al versiculo siguiente *& quamvis*, con Casanate, Posthio, y Fontanela, satisface al reparo, con la difefencia que llevamos expressada, ibi: *Nimirum quòd jura vetera digestorum non sunt correcta in casu fideicommissi universalis, in quo Testator specifice, non disposuit de bonis hæredis restituendis cum universa ipsius hæreditate; secus verò*

quan-

*quando prout in præsenti, nominatim de illis dispoſuit, aſsignando rationem differentiæ, quia nimirum in primo caſu, hæres deducendo ſua credita; vel retinendo bona propia, non contravenit voluntati Teſtatoris, quæ in eo verſatur, ut factis prius deductionibus à jure permiſsis, reſtituat jus univerſale fideicommiſsi, licet conſiſteret in jure inutile.* Y deſpues de aver citado algunos Eſcritores, proſigue: *In ſecundo verò hæres gravatus retinendo bona propia nominatim ſubjecta reſtitutioni fideicommiſsi univerſalis, expreſsè contravenit.*

84 Y al §. ſiguiente apoya lo miſmo con muchas deciſiones de la Rota, ſuponiendo la duda ſolo en la voluntad, y no en la poteſtad, ibi: *Quando etiam ex ſenſu Sacræ Rotæ deducto ex pluribus deciſionibus editis ſuper hac materia, in quibus quæſtio fuit ſolum de voluntate, non autem de poteſtate Teſtatoris.* Y ſiendo aquella evidente en Don Miguel, como tengo fundado en la primera parte de la Alegacion, y no dudandoſe del poderìo, tuvo, y deve tener ſu eficazia, valididad, y permanencia.

85 No ſolo inſtituyò Don Miguel heredero à Don Chriſtoval ſu hijo en los bienes contenidos en dicha donacion, ſino en todos los que poſſeìa; y aunque huvieſſe alguna duda (que no hace) inſtituyendole, y formando el Mayorazgo ſolo de los bienes donados, ceſſa, dexandole todos los que poſſeìa, como lo hizo, pues disfrutando como libres las 12000. lib. que ſe reſervò en el cap. 12. de dichos Matrimoniales, y uniendolas à dichos bienes donados, pudo en todos gravarle, *text. in cap rationi, de reg. jur. in 6.* ibi: *Rationi congruit, ut ſuccedat in onere qui ſubſtituitur in honore, l. 67. §. 5. ff. de legat. 2. & ibi gloſſa, l. generaliter 24. §. 12. ff. de fideicom. libertat. l. Imperator 70. §. ſi centum ver. Hæc ita de legat. 2.* ibi: *Hæc ita ſi quantitas cũ quantitate conferatur: Enim vero ſi pecunia accepta, rogatus ſit rem propiam, quamquam majoris prætii eſt, reſtituere, non eſt audiendus legatarius, legato præcepto, ſi velit compu-tare: non enim æquitas hoc probare patitur, ſi quod legatorum nomine perceperit legatarius offerat,* y latamente tengo fundado en la Alegacion 3. part. num. 179. haſta el 187.

86 A que añadimos à Noguerol *allegat. 19. num. 36.*

Ama-

Amayo *var. resolut. resolut. 67. num. 46.* Roxas *de incomp. 1. part. cap. 7. num. 29.* ibi: *Quod quando is qui aggregat, ac unit aliqua sua bona, vel aliud majoratum, à se institutum, si alias non tenetur ea sua bona seu majoratum de novo institutum aggregare, unire, seu incorporare alteri à se possesso, poterit apponere quascumque voluerit leges, seu conditiones; etiam incompatibiles, ac vocationes contrarias alii primo seu antiquiori majoratui,* Pegas *de majorat. tom. 1. cap. 3. num. 43.* ibi: *Secus dicendum est, si aggregavit sua bona quæ non tenebatur annexare, ac incorporare, quia tunc dicitur institutor, & potest apponere quascumque voluerit leges, seu conditiones, etiam incompatibiles cum alio majoratu.*

87 Muy à nuestro intento el Cardenal de Luca *de fideicom. discurs. 134. per tot: omnino videndus, & præcipuè n. 14.* ibi: *Testator disponere possit de bonis propriis hæredis, vel alterius quem honorat, illaque supponere eidem fideicommisso cui ejus hæreditatem ac bona propria supposuit*; y suponiendo por cierta la potestad, y dudando unicamente de la voluntad à num. 15. prosigue, ibi: *Sed si constet de voluntate, non dubitatur de potestate etiam ipso hærede, vel honorato, postquam hæreditatem, vel dispositionem acceptaverit, contradicente.* Y concurriendo en nuestra especie potestad en Don Miguel para vincular, y expressa voluntad en hacerlo, como consta de su disposicion, y tengo evidenciado en dicha primer parte de la Alegacion, no alcanza nuestra cortedad apoyo, ni razon juridica que lo embarace; y mas no aviendo contraria voluntad de Don Christoval heredero, antes si una total conformidad en la de su padre, en cuyos terminos es inquestionable la potestad, evidente la voluntad, y cierto, seguro, y estable el Mayorazgo, el mismo de Luca ubi proximè, ibi: *Multo magis, & absque dubio ubi, ut in præsenti talis contradictio non accedit; minusque concurrit aliqua ex rationibus dubitandi de hujusmodi potestate, gravamen honoratum etiam in bonis propriis.*

88 Todavia se descubre mas indubitado lo antecedente, desvaneciendose las excepciones que en su contraste puedan oponerse, el que Don Christoval (n. 9.) hijo, y heredero de Don Miguel fundador, despues de a-

ver acceptado la herencia de èste, por medio de su Curador, ni èste, ni aquèl hicieron inventario de los bienes en dicha herencia recayentes, como lo manifiestan los autos, pues ni en los de possession, ni en los de propriedad se encuentran otros, que los que hizo Don Miguel, fundador de los bienes recayentes en la herencia de Don Pablo su padre (n.6.) autorizados por Marcos Antonio Bonavida en 25. de Julio 1624. que se hallan en los autos de possession, presentados por el Contendor fol. 534. Y en ellos adnota Don Miguel, recaher en la herencia de dicho su padre las 12000. lib. que en el cap. 3. de los matrimoniales del mismo Don Miguel se avia reservado, para poder de ellas à su arbitrio disponer, ibi: *Et primo confiessa* (dice Don Miguel fundador) *aver hallado recaher en bienes de dicha herencia todas aquellas 12000. lib. que el dicho Don Pablo Zanoguera quondam mi padre, y señor se reservò para poder testar de ellas en el cap. 3. de los matrimoniales, &c.* que es el que và à la letra n.3.

89 Y no aviendo Don Christoval, ni su Curador hecho inventario de los bienes de la herencia de su padre Don Miguel, es innegable, que aunque no le huviera dexado las 12000. lib. que de libre disposicion posseìa, y se huviera precavido con quantas protestas quisiesse, ni èstas, ni el no ser los bienes libres de Don Miguel fundador correspondientes al gravamen, le podian eximir de su puntual, y devido cumplimiento, segun Justiniano *in auth. de hæred. & falsid. cap. 2. §. si vero*, ibi: *Si vero non fecerit inventarium, secundum hanc figuram, sicut prædiximus, non retinebit falsidiam: sed complebit legatarios, & fideicommissarios; licet puræ substantiæ morientis transcendat mensuram legatorum datio, l. fin. §. & si præfatam, C. de jur. delib.*

90 En que se conforma la ley del Reino, *l. 10. tit. 6. part. 6.* ibi: *Si el heredero de que huviesse entrado la heredad del Testador, non fiziere el inventario fasta aquel tiempo que de suso diximos, dende en adelante fincan obligados tambien los sus bienes, que oviere de otra parte, como los que ovo del Testador para pagar complidamente las deudas, è las mandas del facedor del testamento.* Covar. *var. resolut. lib. 3. cap. 3. n. 8.* Cancer *var. resolut. lib. 3. cap. 2.*
de

*de inventar. n.* 5. con muchos Salgad. *in laberynt. cred. part.* 2. *cap* 1. *n.* 7. Peregr. *de fideicom. art.* 23. *n.* 13. *verſ. cum autem*, Caſtillo *de alim. cap.* 30. *per tot. & præcipuè n.* 3. & 10. donde cita una gran colectanea de Eſcritores. Pues en eſte caſo ceſſa la preſerva, y ſalvedad de los averes, y bienes proprios del heredero, y ſe confunden con los del Teſtador, quedandolo las acciones, y drechos de ambos, *l. ſticum* 95. §. *additio* 2. *ff. de ſolut. l. pater* 14. *ad leg. fal. l. debitore* 7. *C. de pactis, l.* 50. *ff. de fidejuſ. & mandat.* Surdo *deciſ.* 224. *num.* 7. Seſsè *deciſ.* 49. *n.* 31. Carleval. *de jud. tom.* 2. *tit.* 3. *diſp.* 13. *num.* 1. Bichio *deciſ.* 330. *num.* 6. & 7. Y por el quaſi contrato de la addicion queda atado, y obligado el heredero à las obligaciones, y ſoluciones del Teſtador, y à la obſervancia de ſu diſpoſicion, *l. ex ex qua perſona* 149. *de reg. jur. text. in* §. *hæres inſt. de obligat. quæ ex quaſi contract. cont. l. cum à matre, C. de rei vindic.* Afflict. *deciſ.* 111. *num.* 16. Surdo *deciſ.* 93. *num.* 9. Fontanel. *de pact. clauſ.* 4. *gloſſ.* 5. *num.* 34. & 35. Salgad. *in laberynt. cred. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 8.

91 Sin que à Don Chriſtoval (n. 9.) le releve de eſta preciſſa obligacion la replica, de que en la herencia de Don Miguel fundador, no recaerìan bienes de libre diſpoſicion, pues en virtud del cap. 8. de ſus matrimoniales eſtava obligado à diſponer de los bienes donados en hijos de aquel matrimonio; y que ſiendo la donacion univerſal, excepto las 12000. lib. ſolo eſtas ſe podrian contemplar libres, pero no para que in tantundem quedaſſe obligado ſu heredero al gravamen, por preſumirſe aquellas extinctas, y conſumidas en diferentes ſoluciones, y pagos executados por el miſmo Don Miguel, y Don Pablo ſu padre.

92 Porque en quanto à ſi en la herencia de Don Miguel recaìan, ò no bienes de libre diſpoſicion, amàs de eſtàr la preſumpcion de drecho à favor de lo opulento de la herencia por preſumirſe ſiempre ſerlo, y quien dice lo contrario deve probarlo, Grac. *diſcept. for. cap.* 729. *n.* 21. Burat. *deciſ.* 589. *num.* 23. 24. & 25. con muchos Bichi. *deciſ.* 37. *n.* 8. & paſsim omnes, nos ſaca de la duda los inventarios què hizo el miſmo Don Miguel, en que confieſſa reçaer en la heren-

rencia de Don Pablo su padre las 12000. lib. reservadas en el cap. 3. de sus matrimoniales, como consta en los autos de possession foj. 534.

93 Sin que desvanezca la existencia de dichos bienes al tiempo de la muerte de Don Miguel, las supuestas, y no probadas enagenaciones, porque para verificar la existencia de los bienes en la herencia, basta probar su adquisicion por instrumento publico, Peregr. *cons. 48. num. 6. cum seqq. & præcipuè num. 8. vol. 1. & de fideicom. art. 44. num. 4.* Mascard. *de probat. vol. 2. concl. 778. per tot. & præcip. n. 20. & 23.* Fusario *de subst. quæst. 617. num. 4.* Y verificado una vez el dominio de la cosa en el Testador, es cierta la presumpcion de su existencia hasta la muerte, *l. sive possidetis, C. de probat.* Mascard. *de probat. vol. 2. concl. 778. num. 33.* ibi: *Si probatum sit Testatorem aliquando possidisse bona, vel eorum dominium habuisse, satis erit fundata intentio, quod Testator fuerit possessor, vel dominus dictorum bonorum usque ad tempus mortis secundum DD. &c.* pues siendo la amission de la possession quid accidens, para perderla se necessita de desersion de animo, que por ser quid facti, no se presume, si no se prueva, *text. in cap. 2. de const. lib. 6. l. quæcumque, §. 1. ff. de public. in rem act. l. in bell. §. facta, ff. de capt. & post. rever.* Roland. à Vall. *cons. 26. num. 14. vol. 4.* Mascard. *de probat. conclus. 778. num. 35.* Menoch. *de præsumpt. præsumpt. 10. num. 10.* Valenz. *cons. 3. n. 40. & cons. 8. num. 35. & cons. 57. num. 17.*

94 Y constando de la adquisicion de las 12000. lib. à favor de Don Migel fundador por tan justificados, y nerviosos titulos como eran el cap. 3. de sus matrimoniales, en que su padre se las reserva para disponer de ellas, la institució de heredero de èste, y confession del mismo Don Miguel, adnotandolas en el inventario de la herencia de dicho su padre, que segun Fusario, Peregrino, y Mascardo ubi proximè son las mas elevadas pruevas; y no aviendose verificado por el Marques de Belgida la especifica enagenacion, y dessipasion de dichas 12000. lib. se deven considerar existentes en el patrimonio de Don Miguel, *quia certum per incertum, non confunditur. L. 36. ff. de legat. 1. l. cum pater 77. §. 33. de legat.*

*gat.2.l.fin.C.de inst. & subst.* Peregr. *de fideicom. art.* 54. *n.*22. *vers.certum,&c.*

95 Ni el decirse por el Marques de Belgida, que à lo mas que podria extenderse la obligacion de Don Christoval heredero, era à cumplir el gravamen correspectivo al lucro de la herencia, *l.fin.C.de jur.delib.* Canc.*var.part.*3. *cap.*2.*num.* 171.Fontanel.*de pact.claus.*4.*glos.*5.*num.*42.& 43.Pereg.*cons.* 62.*vol.*4. Y que no constando aver en aquella mas averes que las 12000. lib. y no ser èstas de mucho correspondientes al valor de la Baronìa, no tendriaen èsta lugar el gravamen.

96 Porque precindiendo de que la herencia siempre se presume opulenta, non docto de contrario, como tengo fundado num. 92. y para la subsistencia de los gravamenes, basta que el Testador dexe cosa propria, aunque no equivalente; y mas precediendo la acceptacion del heredero, *juxta text.in l.Imperator* 72.§.*si centum, & l.*67.§.5.*ff.de legat.* 2.*l.generaliter* 23.§.12. *de fideicom.libert.* y queda evidenciado arriba; lo que procede con superior razon, no constando de inventario, Nata *cons.*214.*num.*4. *in fin. & cons.*238.*num.*6. Grac. *discept.for.cap.* 729.*num.* 22. pues en este caso està indistinctamente obligado el heredero al cumplimiento de los gravamenes, como con muchos textos, y Escritores queda verificado à num. 89. & 90. aun precindiendo de todo, y corriédo cō la opiniō, de que: *Eatenus valet gravamen, quatenus est relictum*, cuya proposicion no tiene contradictor; aun en estos terminos, ni Don Christoval, (n.9.) ni sus herederos pudieron dissentir à lo dispuesto por Don Miguel fundador (n.8.) y devian sugetarse al mayorazgo de la Baronia de Alcacer, que aquel fundò, aunque fuesse de mayor estimacion, respeto,que dicho Don Christoval heredero, y los suyos, para el cumplimiento,y observancia del gravamen, deven calcular, no solo las 12000. lib. sino los frutos de èstas, desde el dia de la acceptacion, hasta el de la muerte de la ultima posseedora,la qual suponiendoles (contra su proprio hecho) libres, faltò à lo dispuesto por aquel, *l. Imperator* 70.§. *si centum, & §.cum quidam, ff.de legat.*2. ibi: *Quod si plus etiam fructuum quos patruus percepit, vel cum percipere potuerit, dolo non*



cæ-

*cæpit, habendam esse rationem, responsum est.*

97 En proprios terminos Papinian. *in l.cum pater 77 §. Titio 31.ff. eodem*, ibi: *Titio fratri suo Mevius hæreditatem Seii, à quo hæres institutus erat, post mortem suam, restituere rogatus, eodem Titio hærede scripto petiit, ut moriens Titius, tam suam, quam Seii hæreditatem Sempronio restitueret; cum ex fructibus medio tempore perceptis fideicommissi debitam quantitatem Titius percepisset, æris alieni loco non esse deducendum fideicommissum respondi, l. quod de bonis 15. §. quod avus ad leg. falcid. l. filius familias 114.§.apud Marcelum 3.de legat.1.* admirablemente Peregr.*de fideicom.art.33.num.47.* ibi: *Fructus interim percepti, ex hæreditate Testatoris, imputentur hæredi ad augendum onus, sibi in cota bonorum suorum injunctum.* Y aun en terminos mas especificos el mismo Peregr. *cons.62.per tot.vol.4. & præcipuè num. 1.* ibi: *Moderatur tamen ex legis authoritate gravamen istud, universaliter injunctum hæredi in propriis bonis suis, ut valeat eatenus, quatenus ad eum pervenit, scilicet de fructibus, & utilitatibus perceptis ex bonis Testatoris à die illius mortis, & aditæ hæreditatis, usque ad tempus mortis hæredis gravati, & cedentis per illius mortem diei fideicommissi.* Y despues de proponer la especie de la ley *Imperator 70.§.cum quidam*, prosigue, ibi: *Si vero medietas bonorum ipsius hæredis sit majoris æstimationis, puta, quia valeat 1000. medietas autẽ hæreditatis Testatoris valeat 500.tenebit onus in 500. item, & pro quanto interim hæres ex fructibus,& utilitatibus illorũ percepisset: unde si percepisset interim 200. tenetur filia cohæredi ex propriis suis bonis præstare 700.*

98 El Cardenal de Luca *de fideicom.discur.134.num.14. & post dictum discursum versic. econtra*, donde despues de citar muchos textos dice, ibi: *Ex quibus Doctores communiter tradunt hæredem gravari non posse in bonis propriis, vel alio titulo ei debitis, ultra vires hæreditarias, & emolumentum calculatis accessionibus, seu fructibus medii temporis*; y cita à Bartulo, Baldo, Socino, Merlino, y otros, y es proposicion cierta apud omnes; y aviendo Don Miguel fundador dexado à Don Christoval su hijo las 12000.lib. las que ha disfrutado èste, y sus herederos por mas de 90. años, cuyos frutos en tan largo transcurso al fuero ordinario de 5.por 100.importan 54000. lib.

lib. que añadidas à estas las 12000. del capital es el todo del beneficio 66000. lib. en cuyos terminos, no solo equivalen al gravamen, si que exceden de un doble à aquel; y assi es indispensable su cumplimiento, y observancia en la disposicion de Don Miguel.

99 Convencese mas la estabilidad de esta, hecha reflexion, à que á sus hijos, y descendientes no se les seguia de ella el mas leve perjuicio, ni se les abdicava el usufruto, goze, y dominio de los bienes donados, el Cardenal de Luca *de fideicom. disc.* 134. *num.* 17. antesbien fue loable en D. Miguel la ereccion de la primogenitura, favorable al bien publico, conveniente à sus hijos, y el mas eficàz medio para la conservacion, y mayor lustre de su familia, como tengo fundado en la Alegacion 1. part. num. 65. y en los proprissimos terminos de la controversia lo trahe el mismo Cardenal de Luca *de fideicom. dict. dis.* 134. *num.* 9. donde despues de reprehender la constumbre de los Abogados, que en ostension de su ingenio se valen para la defensa de aparentes razozes, increpando al vulgo que las aprueva, propone las razones que èl, y demàs Abogados como à tales ponderavan en aquella especie muy parecida à la nuestra, y los fundamentos à los del Contendor; y à num. 12. les satisface, & circa medium con muchas decisiones de Rota, & in sensu veritatis prosigue, ibi: *Secus autem ubi fiat actus laudabilis, qualis reputatur erectio primogenituræ, ut advertitur in dict. decis.* 23. *part.* 11. *recens, & in alia præcedentèr edita in eadem causa coram Otthobono inter suas decis.* 182. *cum aliis in Mantuana feudi sub tit. de feudis disc.* 9. *& per quem actum non judicatur uxori, ac filiis in bonorum fructu durante matrimonio; minusque in sorte post illum disolutum.*

100 Con lo hasta aqui dicho, quedava del todo afianzada la justicia de Don Carlos, y Don Luis Juan de Torres, sin necessitar de mas digressiones en su apoyo, ni de nuevos discursos en su evidencia. Y aun esto se pudiera escusar, visto con reflexion el cap. 8. de dichos matrimoniales, y premeditadas sus clausulas, pues ni aquel contiene el mas leve gravamen contra Don Miguel, ni en estas puede encontrar el

Mar-

Marques de Belgida el menor asilo à su pretension, dice el cap. ibi: *Està pactado entre dichas partes, que el dicho Don Miguel Zanoguera, teniendo hijos varones del presente matrimonio, sea tenido, y obligado de disponer en los hijos varones del presente matrimonio de dichos bienes donados, y lo mismo se entienda en caso que no tuviesse hijos varones, y tenga hijas del presente matrimonio, y de otro qualquiera matrimonio, porque los hijos del presente matrimonio en todos tiempos han, y deven ser preferidos, esto es; los varones à varones de otro matrimonio, y las hembras à hembras de otro qualquiera matrimonio.*

101 Este mismo capitulo, con las mismas idempticas clausulas le transcribe Cancer *var. resolut. part. 3. cap. 7. num. 80.* ibi: *Inter pacta dotalia est unum valde usitatum tenoris hujusmodi: Item, es convengut entre dites parts, que fills per fills, y filles per filles los del present matrimoni sien los hereus, quod pactum continet, quod filii ex illo matrimonio, præferantur in bonis parentum, filiis ex alio matrimonio, & similitèr filiæ, filiabus*, sobre este, que parece copiado del nuestro, duda si el padre, no aviendo contrahìdo segundo matrimonio, y dexando hijos del primero, pudo sinembargo de dicho pauto enagenar los bienes de que avia de disponer en favor de aquellos hijos, y revocar estos las enagenaciones hechas por su padre, y à num. 18. resuelve contra los hijos, diciendo, que de dicho pauto no se induce precissa vocacion, si solo una mera preferencia de los del primero à los del segundo matrimonio, en caso que disuelto el primero, contraxesse segundo el padre.

102 Ni que de èl resulta vinculo alguno, ni contiene otro, que la mera preferencia de los del primer Matrimonio à los del segundo, y por esso pudo el padre enagenar dichos bienes, y no pudieron los hijos embarazarlo, ibi: *Super isto puncto sæpe consulere habui, & licet scissem super eo casu plures ventilare lites in Sacro Senatu, & actenus (quod sciretur) nullam reperiri Senatus decissionem: ego tamen salva Illustris Senatus sententia, semper consului negativè contra filios: eo quod per dictum pactum filii non dicantur hæreditati simpliciter, sed prælativè ad filios alterius matrimonii: importat siquidem in effectu tale pactum, quod in bonis de quibus loquitur pactum, parentes præferent filios, ex* illo

*illo matrimonio, filiabus ex alio matrimonio: unde cum per dictum pactum nihil aliud donent, aut promittant, quam præfatam prælationem: & sic dictum hæreditamentum, non censetur factum per viam vocationis præcisè, sed tantum per viam reservationis prælativè ad filios alterius matrimonii, nihil prohibuit parentes alienare de dictis bonis.*

103. Y si los hijos no pudieron impedir las enagenaciones, mucho menos los gravamenes, y vinculo que formò, *leg. non debet* 21. *ff. de reg. jur.* ibi: *Non debet cui plus licet quod minus est non licere. cap. cui licet de reg. jur. in* 6. ibi: *Cui licet quod est plus licet utique quod est minus, leg.* 26. *l.* 110. *l.* 163. *l.* 165. *ff. de reg. jur. l.* 9. §. 3. *ff. de hæred. instit. auth. multo magis C. de sacro. ecle. & communiter omnes.*

104 Siendo consideracion firmissima en apoyo de esta verdad la qué ofrecen las palabras del mismo cap. en que despues de poner la precission en la preferencia, y no en el nombramiento, ibi: *Teniendo hijos del presente matrimonio, y de otro matrimonio, sea tenido, y obligado à disponer en hijos varones del presente matrimonio, &c.* dà la razon de aquella disposicion, ibi: *porque los hijos del presente matrimonio en todos tiempos han, y deven ser preferidos, esto es; los varones à varones de otro matrimonio, y las hembras à hembras de otro qualquiera,* de cuya razon se induce clara la mente de los contrayentes, *l. fin. vel quia hæredes ff. de hæred. inst.* Mantica *de conject. ult. volunt. tit.* 14. *n.* 10. pues la razon de ciencia es el nervio de la disposicion, *l. non dubium, C. de leg.* Rolandia Val. *cons.* 6. *n.* 18. *vol.* 4. y el alma, y espiritu de ella, Surdo *de aliment. tit.* 1. *quæst.* 44. *n.* 15. Molin. *de Hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 8. y la que la rige, y govierna, *l. cum ratio, ff. de bon. domnat. l. cum pater.* §. *dulcissimis, ff. de legat.* 2. *l. fideicommissa,* §. *hæc verba, ff. de legat.* 3. Valenzuela *cons.* 63. *n.* 144. *cum seqq.* de que se infiere, que à lo que unicamente se obligò D. Miguel, fue à preferir en los bienes donados à los hijos de aquel matrimonio, pero no se abdiçò la façultad de gravarles, ni expressa tal el capitulo.

105 Y aun aquella preferencia fue legal, pues diciendose *sean preferidos en la succession*, se entiende en la legal, &

*ex jure communi*, y no en virtud de aquel contrato entre vivos, de forma, que aquellas palabras, y clausulas, no inducen nueva succession, donacion, ni vinculo, sino una preferencia de unos hijos à otros, Casanate *cons.* 45. *num.* 1. ibi: *Dum dicitur SEAN PREFERIDOS EN LA SUCCESSION intelligitur de successione legali, & ex jure communi, non de noua successione inter vivos ex hoc contractu profluenti, & dum dicitur PRIMO SUCCEDANT, cum non fuerit dictum ex quo titulo debeant succedere, an ex hoc contractu, vel ex jure communi intelligatur, quod prius succedant ex jure communi, & ex successione legali, non ex hoc contractu; ita ut verba non contineant novam successionem, donationem, & vinculum, sed solam simplicem exclusionem D. Alduntiæ de Aragon donatariæ quandiu filii masculi, & descendentes eorum, tam masculi quam fœminæ superextiterint.*

106 Y en este caso no suceden por via de vinculo, ni en virtud de aquel contrato, ò capitulo, sino por la voluntad del testador, si hiciesse testamento, y abintestato, sino le hiciesse, el mismo Casanate, *ubi proximè*: *Quibus non ideo datur jus per viam vinculi, seu donationis, sed sola facultas, & reservatio succedendi ex jure communi, & ex voluntate Comitis abintestato, scilicet si non instituantur, & ex testamento si instituantur.*

107 Y al n. 2. ibi: *Primum ergo principale fundamentum pro prima interpretatione desumitur ex auctoritate in terminis Doctorum dicentium sub illis verbis SEAN PREFERIDOS EN LA SUCESSION, VEL PRIMO SUCCEDANT (quæ idem sonant, & ad iuvicem convertuntur) induci jus succedendi ex jure communi, & ex voluntate, non contra voluntatem patris, nec ex novo titulo donationis, & actu inter vivos.* Y en los numeros siguientes và exornando esta opinion, suponiendola cierta, estable, y comun, y la apoya con muchos textos, y Escritores, y eficacissimas razones, digno todo el consejo de transcrivirse à la letra, pues en el se hace demonstracion evidente por esta opinion, acudiendo à la satisfacion de las replicas, que la mas delicada agudeza puede oponer.

108 Se descubre mas lo indubitado del precedente concepto, atendida la diferencia de quando los llamados, ò pre-

preferidos en el contrato, ò estatuto son hijos, ù otros à quienes compete la intestada succesion à quando son estraños; pues en el primer caso, corre conforme la opinion, que las palabras, *primero sucedan*, ò *sean preferidos*, induce reserva en la succesion, y esta solo les compete *ex voluntate patris, & non contra voluntatem*; y jamàs prueva precissa, y formal disposicion.

109 Pero en el segundo caso, como à los estraños no competa la sucesion intestada, no pueden aquellas palabras *primero sucedan, &c.* inducir formal reserva, sino expressa disposicion, *ut verba aliquid operentur*, con Paulo Castrense, y otros, admirablemente Casanate *dict. cons.* 45. *n.*4. *& circa fin.* ibi: *Constat enim ex hac puntuali decisione Pauli, ea verba PRIMO SUCCEDANT quando referuntur ad filios inducere reservationem successionis pertinentis, ex jure communi, & sic ex voluntate, non contra voluntatem patris, licet si fuissent relata ad eum, qui non poterat ex jure communi succedere necessario inducerent dispositionem, & vinculum cum pluribus seqq. & n.*8. y las palabras se deven apropiar, è interpretar segun la persona cui aderent, *l. plenum* §. 4. *ff. de usu, & abitat. l. si quis filio* §. *irritum ff. de injust. rupt.* el mismo Casanate *ubi proxime, n.* 10. *&* 11. ibi: *Quod scilicet quando verbum succedat refertur ad filios, & eos qui possunt ex testamento, & abintestato succedere, importet illius juris reservationem, secundum conditionem personæ ad quem refertur; quando vero refertur ad maritum, vel alium qui non potest abintestato succedere importet præcissum succedendi jus.* Y en comprobacion, y apoyo de esto cita muchos textos, y Escritores.

110 Y constando ser los preferidos en el cap. 8. de dichos Matrimoniales los hijos de Don Miguel, à los quales competia la intestada sucesion, y no estraños, devemos confessar, que aquellas palabras del capitulo, *en todos tiempos han, y deven ser preferidos*, se entienden en la sucesion legal, *& ex jure communi*, es à saber ex testamento, si le hiciere Don Miguel, como le hizo, ò abintestato no haciendole, y no en fuerza de aquel contrato, como tengo fundado en los numeros antecedentes.

Lo

111 Lo que es mas indubitado examinado el mismo capitulo, pues en èl se valieron los contrayentes de las palabras, ibi: *Sea obligado de disponer en los hijos varones del presente matrimonio*, y el verbo, ò diccion *disponere*, propriamente tomada se entiende en los testamentos, y ultimas disposiciones, *text.in §.ult.circa medium instit.quib.ex caus.manumit. non licet auth.de nuptiis, §.disponant. colat.* 4. Barbosa *de dict.* 72. *n.*1. *circa medium*, Torre *de majorat. part.* 2. *quæst.* 51. *num.* 29. ibi: *Quæ sententia eo magis est amplectenda quia Alexander testator usus fuit dictione disponere quæ magis propriè adaptutur ad ultimam voluntatem.* Y las palabras, ò dicciones de los pactos, ò capitulos, se deven strictè, y segun su propia significacion entender, *l. quidquid astringendæ* 99. *ff. de verb. obligat.l. fidejussoribus magistratum* 68. *de fidejus. & mandat. l.* 3. *ff. de negot. gest.* Surdo *decis.* 272.*n.*3. Casanate *consil.* 45. *n.* 13. *cum seqq.* y assi aquella obligacion impuesta à Don Miguel de disponer, entendieron los contrayentes en la ultima voluntad, y con los gravamenes, y condiciones que à Don Miguel pareciere, pues no se le abdicò esta facultad, y tuvo absoluta libertad para hacerlo.

112 Sin que la inalterable verdad de lo precedente la pueda desvanecer el reparo que pondrà el Marques de Belgida en decir: que la donacion hecha à Don Miguel de la referida Baronia, no fue tantum à este, sino directa al hijo, ò hijos de aquel matrimonio, con la obligacion de disponer en ellos, y que se deverian considerar dos donaciones, una en favor de Don Miguel, y otra en favor del hijo elegido, y que à èste (que fue Don Christoval) le perteneceria la sucession de dicha Baronia jure propio, y como à hijo de Don Miguel (en cuyo caso no le podia gravar) y no como à heredero suyo.

113 Porque esta misma replica le ha de servir del mayor desengaño en su ningun derecho, y de evidente apoyo al claro que tienen Don Carlos, y Don Luis Juan de Torres mis Partes, pues es inquestionable, que en la donacion hecha en los capitulos matrimoniales de Don Miguel, estàn llamados los hijos de aquel matrimonio, no como à hijos, si-

ſino como herederos, y aſsi pudo Don Miguel gravarles,como lo hizo.

114 Eſta queſtion; de quando ſe entienden llamados los hijos, como hijos, y no como à herederos, la ſuſcitan muchos Eſcritores, y aunque parece huviera podido ſervir de alivio à ſu tarèa la diſpoſicion de la Gloſſa en el texto, en la ley *ſi tibi decem 17.§.ſi pactus 4.ff.de pactis*, donde diſtingue tres caſos; el primero, quando el padre eſtipùla por el hijo, como hijo; el ſegundo, quando eſtipùla por el hijo, como à heredero; y el tercero, quando no conſta de la eſtipulacion, ſi fue como à hijo, ò como à heredero.

115 Y no hallandonos en el primero, es evidente eſtàr comprehendidos en el ſegundo, en que el padre eſtipùla por el hijo como à heredero, aſsi por lo que antecedentemente tenemos fundado, como por perſuadirlo el miſmo capitulo primero de los matrimoniales, pues en èl haze Don Pablo donacion à Don Miguel de dicha Baronia, para deſpues de ſus dias, y de Don Chriſtoval ſu hermano, ſin expreſſar en dicho capitulo los hijos de aquel matrimonio; y no nombrandolos al tiempo de dicha donacion, no alcanza nueſtra cortedad el motivo para inferir eſtàr nomine proprio llamados.

116 Amàs, que aunque en dicho capitulo primero ſe huviera hecho la donacion por Don Pablo à favor de Don Miguel ſu hijo, y de los hijos de aquel matrimonio, y nos hallaramos en el tercer caſo que previene la gloſſa de dicha ley, *ſi tibi decem 17. §. ſi pactus 4. ff. de pact.* de no conſtar por la donacion ſi la de los hijos fue como à tales, ò como à herederos, aun en eſte caſo corre conforme la opinion de la gloſſa en favor de mis partes, ibi: *Sed quid ſi dubitetur qualiter fuerit pactus, reſpondeo quod ſi nec verbis, nec ex alia conjectura id perpendam, præſumo quod tanquam hæredi.*

117 Caſanate ſiguiendo eſta miſma doctrina de la Gloſa *dict.conſ.45.num.55.per tot.& verſ. ſed licet verſaremur*, ibi: *Sed licet verſaremur in tertio illo caſu gloſſæ idem jus eſſet. Nam gloſſa reſolvit; quod ſi ſimus in dubio, & non conſtet ex verbis, vel alia conjectura; quomodo voluerit pater poſt mortem ſuam filio ad-*

*quiri; præsumetur in dubio quod voluerit adquiri, & provideri tamquam hæredi, non tamquam filio*, y exorna esta opinion con infinitos Escritores, suponiendola cierta, y comun tam in consulendo, quam in judicando.

118 La misma question, y en los especificos terminos de la controversia, sobre donacion heçha en capitulos matrimoniales por el padre al hijo, y hijos que tuviesse de aquel matrimonio excita Pegas *de majorat.tom.1. cap.7. n.280.* y al 281. con Menochio, Alciato, Thesauro, Surdo, Noguerol, Castillo, Tonduto, Capitio Latro, Navarro Malfesio, Molina *de ritu nupt.* Fabio de Anna, y otros dice, ibi: *Est autem communis oppinio, ut patris sui hæredes esse vocatos, in simulque patrem liberè disponere posse de bonis obligatis, aut vinculatis, quin obstare possint filii, nec etiam uxor cujus matrimonii contemplatione facta fuit donatio, ut affirmant Doctores citati, & quamplurimi ab eis relati.*

119 Y con todas las circunstancias que se pueden adelantar à la replica son doctissimos lugares, y hacen demonstracion evidente de lo que vamos ponderando, previniendo las satisfaciones à los obiçes los de Antonio de Marinis *resolut.jur.lib.1.cap.89.per tot.* en que se hace cargo de la opinion contraria con todos los fundamentos que la esfuerzan, propone los de esta que supone comun, y à que se arrima, y satisface los contrarios, el de Menoch. *cons. 286. per tot.* puntualissimo para nuestra especie, donde haciendose cargo de los fundamentos contrarios à num.7. dice, ibi: *Re tamen ipsa diligentissimo studio, ac pervigili cura benè perpensa, atque enucleata, contraria sententia vissa est verior, & probabilior: quod scilicet bona hæc D. Ludovico donata affecta sint ita propria, & libera ipsius D. Ludovici, ut possit nunc, ea pro sui libitu alienare, & cons.509.per tot.* el de Castillo *lib.4. cap.5. num.16.* donde propone los fundamentos contrarios, y al 15. resuelve à favor de esta opinion, y la exorna con muchos Escritores, y fundamentos, satisfaciendo los contrarios. En terminos mas fuertes que el nuestro Capicio Latro *cons. 19. lib.2. & cons. 80.* y se pudieran amontonar un catalogo de Escritores en comprobacion de esta opinion, que se omiten por no hacer

mas

mas voluminoso el discurso.

120 Y que en aquella donacion se entiendan los hijos llamados, como à herederos, y no como à hijos, amàs de calificarlo tantos Escritores con tan puntuales doctrinas, que por tales se podian considerar como caso de ley, segun Torre *de majorat.part.2. cap. 4. num.* 83. lo persuade la misma razon, pues es cierto, presumirse mas aficion, cariño, y estimacion en D. Pablo, à favor de Don Miguel su hijo, à quiẽ conocia, que no à los hijos de èste, que ni eran nacidos, ni concebidos, *l.cum pater* 77.§.32.*& l.peto*, §. *frater, ff.de legat.* 2. *l.Titius, ff.de suis, & legit.hæred.l.*1.§.*si quis proximior, ff. unde cognati, l.si cognatis, ff.de reb.dub.*Surdo *decis.*322.*num.*4.Castillo *lib.*4.*cap.*5.*num.* 37. y assi aquella donacion fue hecha en contemplacion del padre, *l. fin. in fin. C. de usur.* y devemos considerar aquellos bienes profecticios, *l.depositi*, §. *ult. ff. de pecul.l.*2.*ff.solut.mat.l.profectitia, ff. de jure dotium, l.dos à patre, C.eodem*, y como à tales de libre, y absoluta disposicion en D. Miguel padre, y fundador, Menoch.*cons.*286.*num.*8.*usque ad* 12.*& num.*11. ibi: *Cum itaque bona hæc donata sint affecta mere patrimonialia ipsius Domini Ludovici, sequitur, ei licere ad sui libitum ea alienare.*

121 Castillo *dict.lib.*4.*cap.*5.*num.*32. ibi: *His itaque omnibus modis inspectis, donatio hæc in persona filiorum Domini Joannis de Ribera & Guzman dicitur profectitia, profectitia autem in totum adquiritur patri, ut scribunt omnes*, y despues de citar algunos textos, y Escritores, prosigue, *& sic non modo meliorare, unum ex filiis de jure potuit dictus pater, sed etiam ea bona alienare.*

122 Antonio de Marinis *dict. lib.*1.*cap.* 89.*num.* 8. ibi: *Cum igitur in casu nostro certum sit donationem fecisse patrem filio, ejusque liberis qui nascituri erant, certè præsumendum est proprii filii contemplatione, non autem nepotum, in rerum natura non existentium, & in quibus affectio considerari non poterat donationem celebratam, & num.*11. ibi: *Quod in dubio videtur facta dispositio, ut censeatur datum filiis post mortem patris, & quod pater possit alienare, quia præsumitur ejus contemplatione datum.*

123 Y aſsi pudo el padre libre, y abſolutamente diſponer de ellos, pues à los hijos, como à hijos no les competia drecho alguno, ſi ſolo como à herederos de ſu padre, y como à tales eſtavã tenidos à los gravamenes à que les ſugetaſſe aquel; todo lo ciñe el lugar de Noguerol *allegat.37. per tot.& precipnè num.20.* ibi: *Ex quibus ad deciſionem hujus puncti infert, donationem factam patri, & filii, vel patri, & deſcendentibus adquiri patri principaliter, & filios nullum jus proprium independens à patre habere, & ſic eis præjudicare poterit, ſi res alienatur, donatur, vel hipothecæ ſubjicitur, & in eis uti hæredes ſuccedent, & erunt obligati ad debita patris*, y cita en comprobacion de eſto muchiſsimos Eſcritores de primer nota, y à num.26. dà la razon, ibi: *Et ratio hujus eſt, quia donatio facta ob matrimonium, quamvis ſit irrevocabilis, & quodammodo ſit idem cum ipſo matrimonio, & confundatur cum eo, hoc eſt, ad irrevocabilitatem donationis, ſed non ut filius poſt matrimonium remaneat obligatus ad conſervationem bonorum, ut in eis illius matrimonii filii ſuccedant, & ita poterit prædicta bona alienare, & filii illius matrimonii tenebuntur, credita à patre contracta ſolvere, ut tradunt omnes Doctores ſuprà citati.* Y de averſe decidido en eſta forma lo trae el Señor Leon *lib.2.deciſ.143.* puntual para la eſpecie.

124 Amàs, que ſegun manifieſta el capitulo primero de los matrimoniales de Don Miguel la donacion de dicha Baronìa (en caſo de ſubſiſtir) fue hecha à mayor utilidad, y provecho de aquel, ibi: *Con todas las clauſulas en ſemejantes eſcrituras acoſtumbradas poner para la UTILIDAD, Y PROVECHO DE DICHO DON MIGUEL ZANOGUERA*, y aſsi no le devia acarrear perjuicio, y detrimento en no poder diſponer de los bienes donados, *l. quod favorem 6. C. de legib.* ibi: *Quod favorem quorundam conſtitutum eſt quibuſdam caſibus ad leſionem eorum nolumus inventum videri.* Menoch. *conſ.* 286. *num.* 23.& 24.

125 Procede en tanto grado, que aunque en la danacion eſtuvieſſe expreſſado el nombre proprio del hijo, que no ſucediò en nueſtro caſo, aun en eſtos terminos, ſiendo aquella hecha en contemplacion del padre, puede èſte libremente diſponer en perjuicio del hijo, ò hijos, *l.annua 20. §. à*

Ti-

*Titio 1.ff.de annu.legat.l.civib. 2.ff.de reb.dub.l.sed si 10.§.in arrogato 6.ff.de vulg. & pupil.l.dotem 6.de colat. bon.* ibi : *Ut quod pater meus propter me filiæ meæ, nomine dedit proinde sit atque ipse dedirim*, Noguerol. *allegat. 37. num. 19.* ibi : *Quæ quidem omnia extende, ut etiam procedant, in terminis stipulationis pro se, & filio nominatim comprehenso, quia nulla constitui potest differentia inter casum ubi nomine proprio, & ubi non nomine proprio, cum semper eadem sit ratio contemplationis.* Antonio de Marinis *dict.cap. 89. num. 27.* y *28.* donde expressa averlo decidido asi aquel Senado, y à *num. 30. circa fin.* dice, ibi: *Nam ut superius fuit demostratum jura habemus expressa quod quando res aliqua donatur filio contemplatione patris, huic totum adquiritur, & in casu de quo noster est sermo controverti non potest, ut hæc donatio quæ fit à patre filio; & filiis ex eo nascituris, istorum respectu, dicitur facta donatio contemplatione patris, sive donas sit ascendens, sive consanguineus, vel quilibet extraneus, quia alias non donasset, consequens est dicere, ut si non constat expressè de mente donatoris quæ fuerit, ut bona donata libera ad filios nascituros perveniant, & citra hæreditariam qualitatem; hos filios demum natos, non nisi uti patris hæredes succedere posse, & perperam ex propria persona*, y en su comprobacion cita ex super abundanti una coluna de Escritores, y decisiones de Rota.

126 Se demuestra lo antecedente atendido, que para que los hijos, como hijos, & jure propio adquiriessen los bienes donados al padre, era precisso mediasse aceptacion de aquellos, ya por medio de los mismos, ò del padre por ellos, ò del Escrivano, como persona publica, y de otra forma no podia subsistir dicha donacion en su favor, *tex. in §. si quis 3. & §.alteri 18. instit.de inutil. stipul.l.quo tutela 73.§. 4.ff. de reg. jur. l. stipulati. 38. §. alteri 17. ff. de ver.obligat. & communiter DD.* en nuestra especie no intervino aceptacion por los hijos, pues non erant in rerum natura; menos por el Escrivano, como à persona publica por ellos, como lo manifiestan los mismos matrimoniales, tampoco por el padre, asi porque non erant in rerum natura, como porque era menester que lo expressasse, y en caso de duda se presumia la aceptacion por los hijos, como à herederos, y no como hi-

jos, como dispone la glossa de la ley, *si tibi decem.* 17. §. *si pactus* 4. *ff. de pactis*, y tengo fundado *à n.* 115. *cum seq.* de esta addicion. Luego quando sin perjuicio de la verdad aquella donacion fuesse hecha à los hijos, no podremos negar aver sido, como à herederos, y no como hijos, y por consiguiente pudo el padre imponer los gravamenes que impuso, y fundar el Mayorazgo que fundò.

127 Admirablemente Antonio Marinis *dict. lib.* 1. *cap.* 89. *n.* 24. donde cita en comprobacion de esto diferentes decisiones de Rota; y à n. 25. à medida del deseo, dice: *Pro indubitato habuisse verbum filiis positum in donationibus, quæ à parentibus fiunt contemplatione matrimonii qualitatem hæreditariam importare, ita ut filii demum nati onera per patrem donatarium contracta omnino subire teneantur; à qua quidem sententia, ut verum fatear, si juris terminos non ignoramus, non video quo pacto dicedi possint, è situm est enim, ut tu alicujus rei dominium adquirere possis, necesse esse, vel quod rem illam tua stipulatione adquiras, vel mediante persona publici Notarii, qui pro te absente stipulatus sit; in casu de quo agimus neutro modo, non primo, quia donationis tempore isti filii qui ex propria persona, & non uti patris hæredes in re donata succedere volunt, in rerum nutura non erant, sique ipsi adquirere non poterant, non alio modo, & sic mediante persona Notarii; cum Notarius pro illis non natis, sed incerto nascituris stipulatus non sit, non etiam ex persona patris, qui enim etiam pro filiis nascituris, uti filiis donationem sibi factam accepit, quibus ergo mediis poterunt hi filii in re donata succedere, absque quod patris donatori sint hæredes?*

128 No parece puede caber ya duda en este pleyto à vista de tantas evidencias, y à averla la desvaneceria la calificada observancia que ha avido en este Mayorazgo de suceder siempre, sin embargo de dicho capitulo octavo, por la disposicion de Don Miguel; y como à bienes vinculados por èste, y nunca en virtud de dicho cap. como latamente tengo fundado en el Memorial, *part.* 1. *med.* 3. *per tot. omnino videndus.*

129 Sin que embarace esta verdad, y veterada observancia el decirse era en virtud del testamento de Don Christo-

toval (a1b.n.9.) hijo de Don Miguel; que vinculò sus bienes con dicha Baronia entre todos sus descendientes, expressando quedassen en el ultimo de libre disposicion; y que en estos terminos, ni aquella observancia podria fomentar la validad de la disposicion de Don Miguel à favor de personas estrañas, ni por ella quedar perjudicada Doña Mariana, ultima posseedora, en la absoluta libertad que le conferia la disposicion de dicho Don Christoval.

130 Porque suponiendo invariables las dotrinas, que en apoyo de la observancia, y costumbre tengo acotadas en dicho Memorial, *medio 3. per tot.* à que se podrian añadir inumerables, y comprendiendo correrà el contendor con las mesmas por ser ciertas. Y que en terminos de observancia interpretativa bastan solo 10. años, como con Molina, Garcia, *de nobilitate.* Fontanel. Surdo, Menochio, Lara, Salgado, Valenzuela, Gutierrez, Rolan. Vall. Mieres, y otros, tengo fundado en el Memorial *dict. med. 3. n.* 77. hasta el 86. parece que la duda consiste solo en indagar, si dicha observancia ha sido en virtud del testamento de Don Christoval, (n.9.) ò de Don Miguel Fundador. (n.8.)

131 Y que aya sido en virtud de la disposicion de èste, lo publican bastantemente los autos en las repetidas declaraciones, assi testamentarias, como Juridicas, hechas, y obtenidas por el mismo Don Christoval, Don Miguel, Don Luis, Doña Angela (num. 9. 10. 11. 12.) y aun de la misma Doña Mariana (n. 13.) que han sido los posseedores desde la fundacion hasta la ultima vacante; y aunque de ellas se hace especial menciõ en el Memorial 1.*p.n.*73. hasta el 75. sinembargo para desengaño de esta verdad, à costa de mayor pesadèz lo repetiremos cõ mas individualidad, para lo qual se deve suponer en hecho cierto, que Don Christoval (n. 9.) disfrutò dicha Baronia en virtud de la disposicion de su padre Don Miguel, y en la suya, instituyendo heredero à su hijo Don Miguel 3. de este nombre, (n. 10.) aprobando aquella dispone, ibi: *Con los mismos pautos, vinculos, y condiciones, puestos por el dicho Don Miguel Zanoguera, padre, y señor mio en su ultimo testamento, &c.*

132 Y dicho Don Miguel 3. de este nombre, en su ultima disposicion, que autorizò Juan Bautista Queito en 12. de Deciembre 1672. declarò en sucessor de dicha Baronia à Don Luis su hermano (n.11.) ibi: *Con los mismos pautos, vinculos, y condiciones, puestos en la institucion, y fideicomisso de dicha Baronia.*

133 Y este sinembargo de la declaracion de su hermano, la obtuvo Juridica por el Tribunal de la antes Corte Civil en 20. de Febrero 1673. en la primer pieza fol. 315. expressando en la peticion, ibi: *Don Luis Zanoguera, &c. dice: Que Frey Don Miguel Zanoguera, Cavallero professo de la Orden de Nuestra Señora de Montesa, SU ABUELO, en su ultimo testamento, recibido, y publicado por Vicente Gasull, &c.* substancia la clausula de la fundacion, narra la muerte sin hijos de Don Miguel su hermano, y las declaraciones testamentarias de este, y de Don Christoval su padre, y à fol. 318. B. concluye, ibi: *Se mande declarar aver sucedido el suplicante, jure Vinculi, & substitutionis, dispuesto, y fundado por dicho Don Miguel Zanoguera, SU ABUELO, en el referido su ultimo testamento en todos los bienes, y herencia, &c.* à cuya instancia recayò Sentencia, que se halla fol. 225. ibi: *Por tanto, & alias justitia sic suadente, pronuncia, sentencia, y declara el dicho Don Luis Zanoguera y Fenollet aver sucedido jure Vinculi, & substitutionis, dispuesto, y ordenado por dicho Don Miguel Zanoguera, SU ABUELO; en el referido su ultimo testamento en todos los bienes, derechos, y herencia de aquel, y en dicho lugar, y Baronia de Alcacer, y en su consequencia sea puesto en la possession, &c.*

134 Con estos titulos disfrutò Don Luis la Baronia, y en su ultimo testamento, que se halla en la 2. pieza fol. 84. instituye por su heredera universal à Doña Mariana Fenollet su madre, y en quanto al Vinculo fol. 84. B. y 85. expressa, ibi: *Y por quanto el quondam Don Miguel Zanoguera, MI ABUELO, en su ultimo testamento, recibido por Vicente Gasull en 29. de Julio 1629. vinculò sus bienes, disponiendo sucediesse en aquellos, viniendo el caso expressado en el Vinculo, Doña Angela Zanoguera, hermana mia, en el modo que en dicho testamento se contiene: Por tanto, si caso fuesse que yo tuviere alguna facultad en*

*la*

*la diſpoſicion de dicho Vinculo para poder diſponer , agora uſando de aquella, quiero , y es mi voluntad ſuceda en dichos bienes, vinculados por el dicho quondam Don Miguel Zanoguera en el referido teſtomento , la expreſſada Doña Angela Zanoguera , hermana mia , inſiguiendo la diſpoſicion de dicho Don Miguel Zanoguera mi aguelo.*

135 Doña Angela no ſe contentò con la expreſsiva declaracion teſtamentaria de ſu hermano, y en 20. de Noviembre 1676. la ganò Juridica por el Tribunal de dicha Corte Civil en la primer pieza de autos, fol. 9. ibi : *Que Frey Don Miguel Zanoguera , Cavallero de la Orden de Monteſa , Señor de la Baronia de Alcacer , SU ABUELO , en ſu ultimo teſtamento, &c.* relaciona la clauſula, y tracto ſuccesſivo del Mayorazgo, y concluye fol. 13. B. ibi : *Se mande declarar aver ſucedido la ſuplicante jure vinculi, & ſubſtitutionis, diſpueſto, y fundado por dicho Don Miguel Zanoguera SU ABUELO en el ſobredicho ſu ultimo teſtamento , en todos los bienes , derechos , y acciones de aquel, y en dicho lugar , y Baronia de Alcacer.* A cuya inſtancia recayò la Sentencia , ibi : *Idcirco , & alias juſtitia ſic ſuadente , pronuncia, ſentencia , y declara la dicha Doña Angela Zanoguera aver ſucedido jure vinculi, & ſubſtitutionis, diſpueſto , y fundado por dicho Don Miguel Zanoguera SU ABUELO en el ſobredicho ſu ultimo teſtamento, en todos los bienes , derechos , y herencia de aquel , y en dicha Baronia de Alcacer , y eu ſu conſequencia ſe le dè la poſſeſſion.*

136 No fue eſte el termino de la obſervancia , pues dicha Doña Angela, como à poſſeedora del expreſſado Vinculo, por Sentencia del Juſticia Civil de 9. de Agoſto 1700. fue condenada en aver de pagar las 4. partes de las 5. de la dote de Doña Margarita Belvis , muger del Vinculador, cuyo pago ſe executò à favor de la miſma Doña Angela , y de Doña Mariana ſu hermana , ultima poſſeedora , como à herederas por metad de dicha Doña Margarita , conſta de la condenacion , pieza primera, fol. 325. B. ibi : *Providet , & per viam proviſionis , condena à la dicha Doña Angela Zanoguera, como à ſuceſſora en los bienes , y Vinculo de dicho Don Miguel Zanoguera en aver de reſtituir , y pagar à sì miſma, &c.* Y en ſu ſe-

 gui-

guida ſe hizo pago à sì miſma, y à dicha Doña Mariana de 600. lib. que avia depoſitadas en la Tabla de cambios de eſta Ciudad, y Doña Mariana aceptò el pago; conſta en la primer pieza, fol. 334. haſta el 345.

137 De cuyos Juridicos, y teſtamentarios actos, queda calificada la obſervancia de ſuceder en dicho Vinculo, por la diſpoſicion de Don Miguel fundador, y deſvanecidas qualeſquiera contrarias excepciones; y ya ſe tome la coſtumbre por interpretativa, como ſe deve, en que baſtan ſolo 10. años, como tengo fundado en el Memorial, ya quadragenaria cum titulo, es evidente quedar por ſolo ella probado el fideicomiſſo, y repelidas las excepciones que contra èl ſe han deducido.

138 Y que por la diſpoſicion de Don Chriſtoval, no pudieron quedar libres los bienes de D. Miguel en Doña Mariana, ultima deſcendiente, lo prueva la miſma diſpoſicion de Don Chriſtoval, pues la libertad por èſte, dada al ultimo deſcendiente, fue ſolo por lo reſpectivo à los propios bienes, de que aqui no ſe trata, y no comprenſiva de los Vinculados por Don Miguel ſu padre, ſobre que es el letigio, como tenemos fundado en la Alegacion 3. *part. n.* 169 haſta el 172. y lo convence la impoſsibilidad en Don Chriſtoval, y ſu miſma voluntad. La impoſsibilidad, porque no podia contra la voluntad de ſu padre extender ſu diſpoſicion à Don Bernardino Zanoguera, (n. 16.) y ſus deſcendientes en perjuicio del derecho, que à eſtos les conferia la eſpecial vocacion, y expreſſo llamamiento de Don Miguel, ibi: *En total falta, &c. l. filius fam. ff. de milit. teſt.* ibi: *Quia hæreditati quidem ſuæ miles quem velit, ſubſtitutionem facere poteſt, veruntamen alienum jus tolere non potes. L. unum ex familia 67. ff. de legat. 2.* Molin. *de Hiſpan. primog. lib. 1. cap. 8. n. 21. & 22. omnino videndus, & lib. 4. cap. 2.* & ibi addentes, *& cap. 9. n.* 10. con muchos, Pegas *de majorat. tom. 1. cap. 3. n.* 41. pues una vez adquirido, vel in re, vel in ſpe el derecho à Don Bernardino, y ſus deſcendientes no ſe les pudo abdicar. Roland. Vall. *conſ. 69. n.* 47. *vol. 4. & conſ.* 20. *n.* 7. Gutierrez *conſ.* 21. *n.* 18. Valenzuela

*conſ.*

*conſ. 69.n. 56.* y lo contrario ſe opondria al derecho natural, y divino, *cap. ſatis perverſum 56. in prin. diſt. 1. l. juſtitiam, §. inter ff. de juſt. & jure,* Valenzuela *ubi proximè n. 58.*

139 Su miſma voluntad, pues, ſuponiendoſe con libertad en ſus proprios bienes, y ſin ella en los del Vinculo, hizo cuerda diſcrecion, y ſeparacion de unos, y otros, agregando à èſte, los proprios, haziendoles unos con los del padre, ibi: *Como ſi todos fueran del dicho mi padre*; pero reconociendo, que en el Vinculo de ſu padre, en falta de los deſcendientes ſe llamavan perſonas que no lo eran, para que èſtas no obtuvieſſen ſus proprios bienes, en eſte particular no quiſo aſſentir à aquella diſpoſicion, ibi: *Eſto entendiendoſe que eſta diſpoſicion* (que es la de ſus bienes) *ſe entienda tan ſolamente en todos mis hijos, &c.* pues de otra forma, no ſolo los bienes de ſu padre, ſino los ſuyos quedavan, en virtud de la agregacion ſugetos à los miſmos vinculos, y vocaciones que los de aquel, lo que evitò por medio de dicha clauſula, que era ſolo derogatoria del llamamiento de perſonas eſtrañas, pueſto en el teſtamento de Don Miguel, en lo reſpectivo ſolo à ſus proprios bienes, y no à los de ſu padre, *l. alumnæ 30. §. qui filias 3. ff. de adim. legat.* ibi: *Reſpondi non à tota voluntate receſſum videri, ſed ab his tantum rebus quas reformaſſet, l. militis 36. §. 1. ff. de milit. teſtam.* ibi: *Prioris tabulis tantum abſtuliſſe videtur, quantum in poſteriores contulerit.*

140 Mas, ò la diſpoſicion de D. Miguel contenia vinculo, ò no, ſi eſto ultimo, eſtavamos fuera de las dudas, y cedian todas en favor del Contendor, ſi lo primero, en que no parece la ay, como latamente tengo fundado en la Alegacion *1. part. per tot.* es inqueſtionable, que D. Chriſtoval no pudo alterar la diſpoſicion de ſu padre abdicandoles la ſucceſsion à quienes por expreſſo llamamiento competia, *l. 3. ff. de interdict. & relegat.* Valenzuela *conſ. 69. n. 76.* Gomez *in l. 40. Tauri n. 34.* Y aunque in puncto juris ſe digeſſe, que el que agrega puede poner nuevos gravamenes, ſolo procede quando aquellos no ſon ex diametro opueſtos à las de la primera fundacion, como latamente traen Molina *de Hiſpan.*

*pri-*

*Primog.lib.*1.*cap.*8.*num.*35.*&* 36. & ibi add. Roxas *de incomp. par.*1.*cap.*7.*n.*29.*&* 30.*&* *part.*8.*cap.*3.*n.*12.Caſtillo *lib.*3.*cap.* 10.*num.*17.Pegas *de majorat. tom.*1.*cap.* 3.*n.* 40. *cum ſeqq.* con muchos.

141 Y la diſpoſicion de D. Chriſtoval en lo reſpectivo al llamamiento de los tranſverſales, no ſolo era ex diametro opeſta à la de D. Miguel ſu padre, ſino deſtructiva de aquella, pues les excluìa, dexando los bienes libres en el ultimo deſcendiente, lo que no podia ſubſiſtir en quanto à los bienes de D. Miguel, por ſer contra la naturaleza de los mayorazgos que èn sì incluyen perpetua duracion, y oponerſe à las reglas de aquellos, y el que intenta unir, y agregar poniendo condiciones opueſtas, y contrarias nihil agit, pues por la incompatibilidad, es indiſpenſable la ſegregacion con Gonzales Roxas *de incompat.par.*1.*cap.*7.*n.*26. ibi: *Quando ille qui intendit unire ſeu aggregare, apponit conditiones incompatibiles ac ex diametro contrarias eis, quas habet Regnum, vel Majoratus, cui unire aliud Regnum ſeu Majoratum deſiderat, nihil agit, quia per conditionem contrariam ſeu incompatibilem neceſſario diſceditur ab unitate, ac proinde ab unione: nam unire eſt unum ex duobus, vel pluribus facere.* Y aſsi ſolo le tendria con limitacion à ſus bienes proprios, y entre ſus deſcendientes, entre quienes reſtringia la agregacion, ſegun la vulgar regla, limitata cauſa, limitatum producit effectum, *l.in agris* 16.*ff.de adq. re dom. l. aliunde* 30.§.3.*ff.de adimend legat.l.*36.§.1.*ff.de teſtamento milit.* Surdo *de qlimentis,tit.*1.*quæſt.*43.*n.*22.Valenzuela *tom.*1.*conſ.* 71.*n.*92. Y el miſmo limitar, de la diſpoſicion de ſu padre, ſus proprios bienes à determinadas perſonas, califica la aprobacion de aquella, Gonzales *ſup.reg.*8.*cancel.gltſſ.*54.*n.*14.15. *&* 19. con muchos textos, y Eſcritores. Valenzuela *dict.conſ.* 71.*n.*93.*uſq.in fin.* Y aſsi lo que ha dado obſervancia en la ſuceſsion de dicha Baronia, ha ſido el teſtamento de D. Miguel fundador, y no el de D. Chriſtoval, por no aver querido, ni podido la agregacion de èſte, alterar la ſuceſsion de aquel, y mas deſpues de aprobada.

142 Ex quibus, parece queda del todo afianzada la juſ-

ti-

ticia de D. Carlos, y D. Luis Juan de Torres, quienes efperan la confirmacion de los votos que tuvieron à fu favor, y fi los que no lo fueron, reconocieren juftificados los medios de efta Addicion, efperan de fu juftificacion, y prudencia fe apartaràn del primer dictamen, fin que firva de admiracion formarle nuevo, fegun Ulpiano *in l. 1. ff. de vent. infpi.* ibi: *Et ideo nemo mirabitur, fi nos quoque novum confilium, & remedium fuggeramus*, antes fe harà mas laudable fu decifion, fegun la Sentencia del Oraculo de la Jurifprudencia en la ley 1. §. 6. *C. de veter. jur. enucleand.* ibi: *Qui fubtiliter factum emendat laudabilior eft eo, qui prius invenit.* Afsi lo fiento, falva femper, &c. Valencia, y Junio 8. de 1732.

*D. Antonio Caldès.*

57

[illegible] de D. Carlos, y D. Luis Juan de Torres, quienes dixe-
ron [illegible] de los votos que [illegible] à su favor, y
si los que no lo fueron, reconocieron [illegible] los motivos
de esta [illegible], [illegible] de su justificacion, y prudencia [illegible]
[illegible] del [illegible], [illegible] admitiesen
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] del Consejo de [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

D. [illegible]